

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

O PUNITIVISMO COMO ESCOLHA DO ESTADO DE PERMANENTE
EXCEÇÃO:
UM ESTUDO SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Mariana Hoff Amaro dos Santos

RIO DE JANEIRO
2017

Mariana Hoff Amaro dos Santos

O PUNITIVISMO COMO ESCOLHA DO ESTADO DE PERMANENTE EXCEÇÃO:
UM ESTUDO SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro

RIO DE JANEIRO

2017

H698p Hoff Amaro dos Santos, Mariana
O Punitivismo como escolha do Estado de
permanente exceção: um estudo sobre o Direito Penal
do Inimigo / Mariana Hoff Amaro dos Santos. -- Rio
de Janeiro, 2017.
75 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Estado de Exceção. 2. Direito Penal do
Inimigo. 3. Punitivismo. 4. Prisão. I. Santoro,
Antonio Eduardo Ramires, orient. II. Título.

CDD 341.5

MARIANA HOFF AMARO DOS SANTOS

O PUNITIVISMO COMO ESCOLHA DO ESTADO DE PERMANENTE EXCEÇÃO:
UM ESTUDO SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro

Membro da banca

Membro da banca

À Emília Hoff, *meine Oma*.

AGRADECIMENTOS

Ao meu professor e orientador Antonio Santoro, por, além de orientar este trabalho, ter despertado em mim o pensar filosófico do Direito.

À Gloriosa Faculdade Nacional de Direito, por sua história de lutas e por me fazer acreditar num mundo mais justo.

Aos meus pais, Amaro e Rosa, por apenas tudo. Todas as minhas conquistas serão sempre dedicadas a vocês.

À minha Vitória, irmã amada, por enriquecer minha vida. Nossa ligação supera a eternidade.

À minha família carioca, pelo cuidado e afeto de sempre.

À Família Hoff, pelo carinho e incentivo que ultrapassam a distância.

Às minhas muito mais que amigas Gabriella Batalha, Isabelle Menezes e Vanessa Alessi, pelo apoio incondicional.

Às queridas Silvia Bourguignon e Yasmin Proença, pela paciência e conselhos durante esses cinco anos de convivência diária.

A todos aqueles que colaboraram na realização deste trabalho, a minha mais sincera gratidão!

Quero a utopia, quero tudo e mais
Quero a felicidade nos olhos de um pai
Quero a alegria, muita gente feliz
Quero que a justiça reine em meu país
Quero a liberdade, quero o vinho e o pão
Quero ser amizade, quero amor, prazer
Quero nossa cidade sempre ensolarada
Os meninos e o povo no poder, eu quero ver
São José da Costa Rica, coração civil
Me inspire no meu sonho de amor Brasil
Se o poeta é o que sonha o que vai ser real
Bom sonhar coisas boas que o homem faz
E esperar pelos frutos no quintal
Sem polícia, nem a milícia, nem feitiço, cadê
poder?
Viva a preguiça, viva a malícia que só a gente é
que sabe ter
Assim dizendo a minha utopia eu vou levando
a vida
Eu vou viver bem melhor
Doido para ver o meu sonho teimoso um dia se
realizar

Milton Nascimento

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar as práticas punitivistas desempenhadas pelo Estado brasileiro que permitem a sua caracterização como um estado de exceção. Ainda, pretende-se demonstrar em que medida a teoria do Direito Penal do Inimigo se apresenta como escolha desse Estado de emergência. Para tanto, a primeira parte do trabalho se volta ao estudo conceitual tanto do estado de exceção quanto do Direito Penal do Inimigo. Em seguida, analisam-se os efeitos do poder punitivo que acarretam a exclusão de determinados indivíduos social e penalmente através de políticas segregacionistas e encarceradoras. Por fim, após breve exposição de princípios norteadores do Estado Constitucional de Direito, a terceira parte se dedica ao exame da legislação infraconstitucional aplicada no contexto da exceção abordando a presença do direito penal de autor e seus aspectos inerentes.

Palavras-chave: Estado de Exceção; Direito Penal do Inimigo; Punitivismo; Prisão.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar las practicas punitivistas desempeñadas por el Estado brasilero que permiten su caracterización con un estado de excepción. Aún, se pretende demostrar en que medida la teoría del Derecho Penal del Enemigo se presenta como escogido de ese Estado de emergencia. Para esto, la primera parte del trabajo se vuelca al estudio conceptual tanto del estado de excepción como del Derecho Penal del Enemigo. En seguida, se analizan los efectos del poder punitivo que acarrear la exclusión de determinados individuos sociales y penalmente a través de políticas segregacionistas y encarceladoras. Por fin, después de breve exposición de principios norteados al Estado Constitucional de Derecho, la tercera parte se dedica al examen de legislación infra constitucional aplicada en el contexto de la excepción abordando la presencia del derecho penal de autor y sus aspectos inherentes.

Palabras-claves: Estado de Excepción; Derecho Penal del Enemigo; Punitivismo; Prisión.

ABSTRACT

The goal of this paper is to analyze the punitive practices performed by the Brazilian State which allow its characterization as a state of exception. Also, I aim at demonstrating to which amount the theory of the Penal Law of the Enemy is presented as chosen by this emergency State. For that, the first part of this paper focuses on the conceptual study of both the state of exception and the Penal Law of the Enemy. After that, I analyze the effects the punitive power which lead to the social and penal exclusion of certain individuals through segregating and incarcerating policies. Finally, after a brief exposition of the guiding principles of the Democratic Constitutional State, the third part of this paper is dedicated to the examining of the sub-constitutional legislation applied to the context of exception addressing the presence of the penal law of author and its inherent aspects.

Keywords: State of Exception; Penal Law of The Enemy; Punitivism; Prison.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CC - Código Civil

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CP - Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRFB - Constituição da República Federativa Brasileira

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

LEP – Lei de Execução Penal

OEA - Organização dos Estados Americanos

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 EMERGÊNCIA ILEGÍTIMA	16
2.1 O estado de exceção prolongada	16
2.2 A teoria do inimigo.....	24
3 O PODER DE PUNIR E A PENA	30
3.1 A sociedade punitiva de Michel Foucault	30
3.2 O histórico da pena de prisão	35
3.3 A efetivação do punitivismo.....	38
4 REFLEXOS DO INIMIGO NA REALIDADE POLÍTICO-PENAL BRASILEIRA.....	48
4.1 Direito Penal na Constituição Federal	50
4.1.1 Princípios constitucionais do Direito Penal.....	51
4.1.1.1 Legalidade	51
4.1.1.2 Intervenção mínima	52
4.1.1.3 Lesividade (ou Ofensividade).....	52
4.1.1.4 Humanidade.....	53
4.1.1.5 Culpabilidade.....	53
4.1.1.6 Insignificância	54
4.1.1.7 Proporcionalidade.....	54
4.1.2 Princípios Democráticos do Processo Penal.....	55
4.1.2.1 Presunção de inocência.....	55
4.1.2.2 Princípio acusatório	56
4.1.2.3 Ampla Defesa e Contraditório	56
4.1.2.4 Publicidade	58
4.1.2.5 Motivação	58
4.1.2.6 Princípios da jurisdição penal.....	58
4.1.2.6.1 Juiz natural.....	58
4.1.2.6.2 Inércia	59
4.1.2.6.3 Imparcialidade	59
4.1.2.7 Princípios relativos à liberdade pessoal.....	60
4.2 Direito Penal do Inimigo na Legislação Infraconstitucional	61
4.2.1 Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40)	61

4.2.2 Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06)	63
4.2.3 Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90)	64
4.2.4 Lei antiterrorismo (Lei nº 13.260/16)	65
4.2.5 Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/41).....	67
4.3 Execução da Pena e Dados Carcerários.....	68
5 CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral compreender o exercício do poder de punir do Estado sob o prisma do garantismo penal para, assim, criticar o punitivismo estatal, bem como as teorias a ele inerentes, como a tese do Direito Penal do Inimigo.

Tal pesquisa ambiciona demonstrar a presença do direito penal de autor e do Estado de exceção na legislação infraconstitucional e na política criminal do Brasil, as quais relativizam direitos fundamentais e evidenciam a propagação dessas doutrinas na realidade jurídica brasileira. A abordagem do estudo será delimitada pela análise das estruturas estatais que levam à exclusão social e ao cárcere, entendendo o poder do Estado como um poder de defesa contra “inimigos”.

É inquestionável que se apela ao Direito Penal como forma de resolução de conflitos envolvendo criminalidade e violência em detrimento da utilização de políticas públicas que tracem um diagnóstico da realidade fática.

A conjuntura de uma sociedade que elege um inimigo através de um processo seletivo esbarra, na verdade, no que se entende por Direito Penal e qual seria a sua real função. Dessa maneira, ao se pensar numa “relação jurídica” punitivista, a identificação dos sujeitos ativo e passivo da mesma é crucial para decifrar o inimigo.

Enquanto sujeito ativo, o inimigo seria aquele que comete o crime contra o Estado, visto aqui como vítima do delito. Tal escolha legitimaria a relativização das regras de imputação e dos princípios fundamentais. Por outro lado, se o inimigo é o sujeito passivo, o Estado se torna o polo ativo da relação, ou seja, autor da exclusão e do discurso jurídico-político. Ser o emissor da linguagem, portanto, faz com que o Estado produza os mecanismos de dominação para condenar os inimigos. É essa forma jurídica que se almeja examinar na monografia.

Nesse sentido, é possível destacar os problemas a serem enfrentados, delimitando-os através de algumas questões. Sendo assim, a primeira questão a ser formulada é a seguinte: a construção de um Estado através de suas diversas instituições depende de uma relação de exclusão e aprisionamento? Como classificar a realidade político-criminal como punitivista? Dessa maneira, a violação de Direitos Humanos e a seletividade penal são uma escolha? Em

relação à teoria proposta por Günther Jakobs, pode-se inferir que o Estado brasileiro adota o direito penal do inimigo como prática permanente? Essa adoção constitui, portanto, um estado de exceção? De que maneira esse sistema penal diferenciado se demonstra no ordenamento jurídico brasileiro e no cotidiano judiciário?

Em relação às hipóteses para as prospectivas respostas às questões formuladas, registra-se a necessidade de analisar conceitos como Direito Penal do Inimigo, estado de exceção, direito penal de autor, punitivismo etc. O trabalho também se debruçará no estudo da origem da prisão, função do Direito Penal, contexto histórico e político da exclusão, realidade do sistema carcerário.

Isto posto, o estudo tem como finalidade, não oferecer soluções para os problemas apontados ao longo do presente trabalho, mas, tão somente, trazer à tona uma discussão nada contingente frente aos abusos que vem sendo cometidos nas diversas esferas do poder.

Pretende-se, enfim, esmiuçar como o Estado brasileiro se apropriou de estruturas sociais que levam à exclusão para exacerbar seu poder de punir. Para tanto, faz-se indispensável breve explanação sobre o termo contido no título do trabalho. O dito “punitivismo” foi utilizado para expressar o conjunto de atitudes que revela que o Estado é quase unânime em tratar o direito penal como solução primeira (e não *ultima ratio*). A ideologia punitivista traduz um discurso jurídico-político autoritário que prioriza a repressão a todo custo, o que acaba se aproximando das teorias que regem o estado de emergência e o direito penal de autor.

De modo a rechaçar a sua possibilidade de emprego como orientação político-criminal e de discutir as implicações do estado de exceção no Estado de direito, o presente trabalho, no primeiro capítulo, fará estudo a partir, sobretudo, da tese de Giorgio Agamben e de como esta se aplicaria à realidade brasileira. Em um segundo momento, entendendo que o Estado de exceção possui uma tendência à eleição de um inimigo político, será estudada a teoria do Direito Penal do inimigo, de Günther Jakobs, bem como as proposições do seu crítico mais aguerrido, Eugenio Zaffaroni.

O segundo capítulo, analisará as nuances da sociedade moderna através da criminologia, a qual permite um estudo mais apropriado das características formadoras de uma sociedade punitiva. Para tal, cada seção do capítulo trará premissas essenciais ao desenvolvimento do

tema por autores que formam o referencial teórico da monografia. A organização dos subcapítulos pretende construir uma sequência lógica de entendimento da realidade

Por fim, no terceiro capítulo, buscando concretizar o propósito do presente trabalho, algumas leis penais brasileiras que se mostram dentro da lógica da emergência punitiva serão examinadas, como a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90), a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), a Lei Antiterrorismo (Lei nº 13.260/16), além dos Códigos Penal e de Processo Penal e de dados carcerários sobre a execução penal. Tal apuração prescinde da observação anterior dos princípios constitucionais que regem o sistema penal e o Estado Democrático de Direito, os quais serão mencionados na divisão correspondente.

2 EMERGÊNCIA ILEGÍTIMA

2.1 O estado de exceção prolongada

De início, este capítulo pretende se debruçar sobre o estudo do Estado de exceção. Cumpre analisar por qual razão é possível afirmar que o Estado Democrático de Direito brasileiro seria atualmente, um estado de exceção, podendo, também, considerar o grau de perenidade dessa condição/característica.

A trajetória histórica do século XX permite entender por qual motivo se afirma que o Estado Democrático de Direito está esvaziado – ou talvez nunca tenha existido em sua plenitude. Os Estados Nacionais¹ travaram inúmeras guerras, sobretudo por questões econômicas. Como as guerras instituem um poder político excepcional e temporário, excessos são cometidos, principalmente no que toca à flexibilização das garantias penais. Não é à toa que durante esses períodos que ocorreram os maiores genocídios da História.

Um de seus maiores exemplos foi o nazismo alemão que dizimou milhões de indivíduos em pouco mais de cinco anos (1939/1945) durante a Segunda Guerra Mundial. Como grande ideológico do Terceiro Reich, destaca-se, sem dúvida, Carl Schmitt. Ele elaborou uma Teoria do Estado enaltecendo a soberania estatal com extrema predominância, se opondo ao liberalismo e, conseqüentemente, às suas liberdades individuais.

Logo, com tamanho poder, o Estado totalitário do pensamento schmittiano demonstra quem seria o soberano justamente por sua atribuição de decidir sobre o estado de exceção, mesmo que isso signifique um modelo para tomada de decisões em contraposição à normatividade. Assim, Schmitt entendia que o soberano seria o detentor de todo o poder de punir, além de ter a plena capacidade de distinguir o “bom” do “mau”, o “amigo” do “inimigo”².

É importante repisar que o estado de exceção originado no século XX é um instituto próprio das constituições democráticas, onde havia a previsão de suspender direitos

¹ Considerou-se como Estado Nacional os Estados de Direito consolidados após a Idade Medieval, ou seja, a partir do século XVII, inserindo-se na periodização histórica do Ocidente.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 159 p.

fundamentais uma vez em situações de guerra ou estado de necessidade pública³. A proposição de Schmitt é justamente trazer o regime jurídico da guerra para dentro do Estado, a título de combater o inimigo do povo.

Dessa maneira, a teoria de Schmitt se tornou um paradigma ao tratar de estado de exceção e ele foi um dos maiores legitimadores do poder de Hitler à época. Tanto é assim que o filósofo italiano Giorgio Agamben entende que o Terceiro Reich poderia ser considerado, juridicamente, um estado de exceção que durou doze anos.

Logo não é por acaso que o século XX seja marcado por governos ditatoriais não só na Alemanha, como também na Itália, na Espanha e até no Brasil, com o governo de Getúlio Vargas em 1930⁴. Contudo, frisa-se que todos esses regimes reúnem a característica de pretensão de provisoriedade, ou seja, haveria uma intenção de cessar a exceção depois que o inimigo fosse derrotado (SERRANO, 2016).

Entretanto, deduz-se que, com o reestabelecimento do Estado constitucional de direito ao fim da guerra, retorna-se à normalidade jurídica e rígida quanto à proteção de direitos fundamentais. Contudo, os Estados vêm se manifestando de forma a prolongar o contexto da exceção, como se ainda estivessem em guerra ou como se aquela perdesse o seu caráter de sazonalidade.

Giorgio Agamben, em sua obra “O estado de exceção”, destaca a tendência dos Estados no século XXI a perpetuarem a política da exceção, no sentido de torná-la um paradigma de governo, ainda que tais países estejam fundados a partir de constituições democráticas. Agamben estabelece que:

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, **a criação voluntária de um estado de**

³ A Constituição de Weimar, na Alemanha, não foi revogada quando do estabelecimento do governo hitleriano. Houve tão somente a sua suspensão.

⁴ Sobre esse assunto, Zaffaroni observa que “a despeito de terem exercido um poder punitivo ilimitado, pervertido as medidas de exceção das constituições, imposto milhares de penas sem processo e submetido civis a tribunais e comissões militares, o caráter diferencial desses regimes foi a montagem do mencionado *sistema penal subterrâneo* sem precedentes quando à crueldade, complexidade, cuja analogia com a ‘solução final’ é inegável” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 51.).

emergência permanente (ainda que eventualmente, ano declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos. ⁵ (grifou-se)

O filósofo italiano também faz referência à Carl Schmitt por este ter sido um dos primeiros (e mais tenazes) autores a discutir a teoria do estado de exceção, sobretudo em seu livro “A ditadura” (*Die Diktatur*), publicado em 1921. Agamben explica que na doutrina alemã já haveria familiaridade com esse termo (“*Ausnahmezustand*”) ⁶, mas que ficou mais aparente a sua utilização por autores de outros países, na medida que registraram, pela primeira vez, “a transformação dos regimes democráticos em consequência da progressiva expansão dos poderes do executivo durante as duas grandes guerras” ⁷.

Em vista disso, o estado de exceção recebeu como sinônimo “ditadura constitucional” ⁸, no sentido de ser um paradigma de governo, isto é, uma forma em que “o aspecto normativo do direito pode ser impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente pretende, no entanto, ainda aplicar o direito” ⁹.

Tomando outro modelo de análise do estado de exceção, destaca-se Walter Benjamin, contemporâneo de Schmitt e seu profundo crítico. Na concepção de Benjamin, materializada na 8ª tese sobre o conceito de história ¹⁰, o estado de exceção seria uma regra geral. O conceito também aparece em seu texto “Crítica da violência: crítica do poder” (*Zur Kritik der Gewalt*) ¹¹ porque defende que o direito se funda mediante uma violência ¹² e por meio de outra violência ele se mantém estabelecido.

⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. 14 p. Tradução de Iraci D. Poleti.

⁶ A Alemanha, durante o período nazista, pode ser considerada um exemplo de Estado que regulamentou o estado de exceção de maneira formal, o que não ocorre necessariamente com todos os países que adotam o estado de exceção.

⁷ AGAMBEN. Op. cit. p. 18.

⁸ É importante mencionar que Schmitt faz uma distinção entre ditadura soberana e ditadura comissária. A primeira seria um estado de coisas em que seria possível impor um nova Constituição e a outra, uma ditadura em que a Constituição possa ser suspensa quanto à aplicação e efetividade, mas permaneceria em vigor.

⁹ AGAMBEN. Op. cit. p. 131.

¹⁰ BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de História. In: BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política - Ensaio sobre literatura e história da cultura**: Obras Escolhidas Volume 1. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 226. Tradução de Sergio Paulo Rouanet.

¹¹ Idem. Crítica da violência - Crítica do poder. In: BENJAMIN, Walter. **Documentos de cultura - Documentos de barbárie**: Escritos Escolhidos. São Paulo: Cultrix Editora da Universidade de São Paulo, 1986.

¹² Em alemão, “Gewalt” é um conceito introduzido por Benjamin e que pode significar violência ou poder.

Entretanto, a violência que conserva o direito não deixaria de ser revolucionária (Benjamin a chama de “divina” ou “pura”) porque se coloca externamente contra os possíveis excessos cometidos por um soberano. Schmitt, por sua vez, procura inserir a violência dentro do contexto jurídico.

Agamben sintetiza adequadamente o embate entre os dois teóricos alemães:

O que está em jogo no debate entre Benjamin e Schmitt sobre o estado de exceção pode, agora, ser definido mais claramente. A discussão se dá numa mesma zona de anomia que, de um lado, deve ser mantida a todo custo em relação com o direito e, de outro, deve ser também implacavelmente liberada dessa relação. O que está em questão na zona de anomia é, pois, a relação entre violência e direito - em última análise, o estatuto da violência como código da ação humana. Ao gesto de Schmitt que, a cada vez, tenta reinscrever a violência no contexto jurídico, Benjamin responde procurando, a cada vez, assegurar a ela - como violência pura - uma existência fora do direito.¹³

A anomia referida por Agamben traduz que, no estado de exceção, ocorre uma separação entre lei e força de lei, no sentido de que os decretos emitidos pelo soberano, os quais não são uma lei formalmente elaborada, possuem força idêntica a uma norma. Benjamin entende que o estado de exceção se torna regra na medida em que o intervalo entre uma lei e a sua aplicação é galgado numa decisão com força de lei do soberano. Nesse ponto, não é mais possível discernir a exceção da regra.

Em relação ao Brasil, a Constituição brasileira, em seus artigos 136 e 137 ¹⁴, no Título referente à defesa do Estado e das instituições democráticas, estabelece situações emergenciais que seriam necessárias para preservar a ordem pública e a paz social uma vez ameaçadas por fatores internos ou externos. São casos em que a lei define que o Presidente da República pode decretar estado de defesa ou estado de sítio.

¹³ AGAMBEN. Op. cit. p. 92.

¹⁴ Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Mesmo durante tal período excepcional, o texto constitucional impõe limites a serem respeitados, como o prazo máximo de duração da medida, as garantias constitucionais que ficarão suspensas e as medidas coercitivas que vigorarão. Logo, ainda que numa conjuntura emergencial, o constituinte originário se preocupou em manter o seu respaldo legal e, principalmente, a sua efemeridade.

Embora haja previsão legal, o Estado brasileiro também se encontra inserido na lógica da excepcionalidade. Isso porque o estado de exceção que se discute não é uma possibilidade jurídica presente no ordenamento, mas uma construção política. O ideário de proteção do Estado perdura, mas quem dita o que deve ser combatido é o poder punitivo estatal.

O próprio Agamben, que tenta formular um conceito para “estado de exceção”, se depara com o fato de não se tratar de um direito especial, tal qual ocorre no estado de guerra. Seria uma forma legal daquilo que não pode ter forma legal, se apresentando mais como técnica de governo do que como uma medida excepcional. Percebe-se que a forma de governo de exceção como ditadura é abandonada e passam a ser adotadas medidas de exceção no interior dos regimes democráticos. Seriam ilegalidades vestidas com uma aparente legalidade (SERRANO, 2016) porque ao mesmo tempo que o Estado precisa manter seu autoritarismo, necessita de uma maquiagem democrática.

Não obstante o Estado ser o detentor do poder punitivo, nota-se uma constante necessidade de arguir medidas extraordinárias para fortalecer esse poder, sustentado sobretudo pela doutrina penal. É inevitável admitir que a referida doutrina penal está diretamente ligada à teoria política porque o contexto político (de guerras, controle informático, concentração de capital, potencial tecnológico) serve de base para o estado de exceção. Até porque se não fosse de caráter político, não haveria um arcabouço estatal e mecanismos de controle para manter essa tese.

O referido aparato administrativo se justificaria a partir da escolha de um inimigo que precisa ser combatido. Esse é alvo do exacerbado punitivismo estatal, que visa demonstrar a urgência na repressão do crime e no combate e aprisionamento desse indivíduo. A eleição de uma pessoa “estranha” à sociedade que ofereceria perigo à mesma, é objeto de um estudo do jurista Eugenio Zaffaroni.

Zaffaroni defende que há uma contradição permanente entre a doutrina penal que elege um inimigo, bem como o fazia o Estado absolutista, e os princípios constitucionais do Estado de Direito. Assim, a natureza dessa escolha é insustentável dentro do Estado constitucional de direito, porque esta só seria admitida no estado de guerra ou estado de polícia. Segundo ele, “a história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo”¹⁵, então o inimigo é uma “construção tendencialmente estrutural do discurso legitimador do poder punitivo”¹⁶.

Como o inimigo surge, principalmente, em situações emergenciais, nas quais é necessário combater um aparente mal que ameaça a sociedade, são utilizadas medidas de coerção direta nesse combate, inclusive racionalizando práticas violentas (como a tortura) para legitimar um poder de polícia desproporcional à infração cometida. O problema que se constata é que o penalismo frequentemente apela para tais urgências justificadoras do estado de exceção. Essa opção, conforme Zaffaroni, são obstáculos na efetuação do Estado constitucional de direito porque são uma brecha absolutista nutrida pelo poder punitivo.

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli¹⁷ se manifesta em consonância:

A tese que sustentarei é a de que o princípio da razão de Estado é incompatível com a jurisdição penal entendida no contexto do Estado moderno de direito; de tal forma, quando ela intervém – como no direito penal de emergência – para condicionar as formas da justiça ou, pior, para orientar um concreto processo penal, não existe mais jurisdição, porém outra coisa: arbítrio policialesco, repressão política, regressão neo-absolutista do Estado a formas pré-modernas.

Zaffaroni observa que “para os teóricos da exceção, sempre se invoca uma necessidade que não conhece lei nem limites. A estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que não tem limites, porque os limites são estabelecidos por quem exerce o poder”¹⁸.

Tanto é assim que as medidas de exceção não possuem como fonte de sua legitimação o seu conteúdo (nascem com uma aparência de direito), mas a autoridade que as pratica. Seria o caso, por exemplo, da persecução de lideranças políticas que podem culminar na interrupção do ciclo democrático com o impedimento do mandato de governantes democraticamente

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 82.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 83.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 653 p.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 25.

eleitos. Essas providências costumam ter mais um perfil de ação política do que propriamente uma ação jurídica, já que visa perseguir um inimigo, suspender seus direitos e promover o que seria a sua morte simbólica (SERRANO, 2016).

Ferrajoli estabelece a noção de “poder desconstituente”, que poderia ser aplicada para o contexto brasileiro. A Constituição de 1988 possui um caráter rígido, que consiste na redação de normas metalegais como fundamento de validade e na prevalência de direitos fundamentais como dimensão substancial¹⁹. Essas garantias constitucionais são, da mesma forma, garantias da democracia. O processo de desconstituição implica em tornar os princípios constitucionais ineficazes num grau que equivaleria a sua revogação.

Como se sabe, poder constituinte é aquele que cria uma nova normalidade, outra constituição. Por outro lado, o poder desconstituente seria aquele que esvazia de sentido uma constituição posta, mas mantendo a sua vigência. Por isso, “uma democracia pode ser derrubada sem golpes de Estado formais se os princípios dela forem de fato violados ou contestados, sem que suas violações suscitem rebeliões ou ao menos dissenso”²⁰.

Esse conceito proposto por Ferrajoli representa as técnicas do estado de exceção, porque resulta num poder absoluto de quem aplica a Constituição. Uma prática da exceção que merece ser destacada é a ideia de chefe popular como “voz e expressão orgânica da vontade popular”²¹. A personificação de um guia político é essencialmente antidemocrática.

No Brasil, diferentemente de outros países, essa representação foi assumida por membros do Poder Judiciário. Muitos são tidos como combatentes do crime e dotados de um senso de justiça superior. Essa exacerbação do guia moralmente elevado acarreta na adoção de um papel autoritário, porque é delegado a ele um imenso poder de seleção ao interpretar a norma. Mais uma vez, a legitimação do direito fica a cargo de uma pessoa, não do próprio ordenamento. Em suma, o juiz passa a ser agente da exceção e não fonte do direito.

¹⁹ “A rigidez consiste na colocação da Constituição no vértice da hierarquia das fontes, e, portanto, no grau superior de suas normas com relação a todas as outras normas do ordenamento” (FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: A crise da democracia italiana**. São Paulo: Saraiva, 2014. 25 p. (Coleção Saberes críticos). Tradução de Alexander Araujo de Souza.).

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 14.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 29.

As garantias, por sua vez, passam a ser vistas como obstáculos no controle do crime. O que precisa ser evidenciado é que não se entende é que são esses preceitos fundamentais que oferecem limites impostos. Segundo Ferrajoli²²:

O inteiro edifício da democracia constitucional fica em razão disso minado à sua raiz: pela intolerância em relação ao pluralismo político e institucional; pela desvalorização das regras; pelos ataques à separação de poderes, às instituições de garantia, à oposição parlamentar, aos sindicatos e à liberdade de imprensa; pela rejeição, em síntese, do paradigma do Estado constitucional de direito como sistema de vínculos legais impostos a qualquer poder.

O poder desconstituente, por outro lado, se desenvolveu também em nível social e cultural, com o desaparecimento dos valores constitucionais da consciência de uma grande parte do eleitorado: por indiferença, por falta de sentimento cívico ou pela transformação no imaginário coletivo da própria concepção de democracia.

Testemunha-se, na verdade, a naturalização da exceção, a qual se externaliza de maneira tão repressiva que atinge o ordenamento jurídico crucialmente, de modo que o discurso humanista constitucional camufla a atitude autoritária estatal. Nota-se o esvaziamento dos direitos sociais primeiramente, que termina por atingir o direito de liberdade, na contramão do que seria o mais apropriado, isto é, a universalização cada vez maior de direitos fundamentais para alcançar seguimentos excluídos historicamente.

Esses setores sempre conheceram a exceção. No Brasil, os pobres recebem um tratamento diferenciado em relação ao resto da sociedade. Com a justificativa de combater o inimigo traficante de drogas, forças militares ocupam os territórios eminentemente pobres e instalam, chancelados pelo Judiciário e pela população, uma ordem excepcional permanente. Esse inimigo tem, portanto, sexo, cor, idade e local definidos. Entretanto, tanto essa emergência prolongada quanto o impedimento de presidentes democraticamente eleitos têm uma origem incomum: condenar antes de julgar, através de processos de exceção com a aparência de constitucionais, determinada parcela social.

Prova disso é a tese que vem ganhando mais aceitação de que alguns indivíduos merecem tratamento diferenciado por oferecem maior perigo à sociedade. A diferenciação aparece justamente na ruptura com a legislação ordinária e aplicável a todos os cidadãos. O inimigo não teria “direito” a ter direitos, então possuiria um sistema penal específico (sem garantias).

²² FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 6.

Esse inimigo é justamente aquele “estranho” que incomoda o poder e por isso se torna suspeito e potencialmente perigoso. Logo, não decorre de uma ação cometida por ele, mas por sua condição subjetiva de ser algo que não inspira confiança. Em contrapartida, o Estado consegue se beneficiar dessa situação antagônica, uma vez que o combate ao “crime organizado”, ao “terrorismo” e outros pseudoconceitos (ZAFFARONI, 2011) criados para alimentar esse cenário habilita o poder punitivo e a sua intromissão.

2.2 A teoria do inimigo

Diante desse cenário, Günther Jakobs sintetizou esse entendimento ao elaborar uma teoria que garantiria a atuação estatal em um modelo que apregoa ser o ideal para combater o agente transgressor que insiste em manter-se longe das normas estatais. A referida tese, nomeada de “Direito Penal do Inimigo”, pugna pela aplicação de normas mais severas e desproporcionais, com a consequente eliminação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, incluindo-se as garantias processuais.

Faz-se oportuno estabelecer de pronto que Jakobs desenvolve o Direito Penal do inimigo a partir de uma realidade punitiva que já existe, ou seja, ainda que merecedora de diversas críticas, a sua teoria pode ser considerada importante na medida em que propõe uma formulação acadêmica de uma política criminal escolhida por muitos países, inclusive o Brasil. Ele mesmo afirma que “um Direito penal do inimigo implica, pelo menos, um comportamento desenvolvido com base em regras, ao invés de uma conduta espontânea e impulsiva”²³.

Jakobs inicia seu estudo definindo que seria ilusório achar que existe um direito que se aplicaria a todas as pessoas porque considera que esse entendimento careceria de uma autenticidade fática na sociedade. Isto posto, o Direito Penal do inimigo consiste na distinção jurídico-penal de inimigo e cidadão.

O primeiro seria uma “não-pessoa”, condenado criminal e socialmente por sua periculosidade e por sua condição de autor. O inimigo é aquele que oferece tamanho perigo à segurança dos cidadãos que precisa ser tratado de forma diferente, não estando sob a proteção

²³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 22 p. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli.

jurídica do Estado. Como bem destaca Cancio Meliá, coautor do livro “Direito Penal do Inimigo”, o conceito de inimigo é tratado “no sentido pseudo-religioso do termo”, uma vez que o Estado se coloca numa “cruzada contra malfeitores cruéis”²⁴.

O combate ao inimigo aparece sobretudo na doutrina penal, já que as violações de direitos individuais daquele que perde o seu status ocorreriam no processo penal, desde a fase procedimental até o fim da execução da pena. Em relação a outros direitos civis como contrair casamento, deixar testamento, entre outros, não se verifica uma preocupação em reprimir.

Ao recorrer a contratualistas como Rousseau²⁵, Hobbes e Kant como precedentes jusfilosóficos, Jakobs determina que o cidadão, por sua vez, seria aquele que está de acordo com o contrato social, aquele que delegou sua liberdade a um soberano. Ele assevera que “só é pessoa [ou cidadão] quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de cimentação cognitiva para poder ser real²⁶”. Portanto, Jakobs entende que quem vai de encontro ao contrato social, isto é, quem não apresenta comportamento garantidor o suficiente para seguir as leis, está contra o Estado e é inimigo do mesmo. Por conseguinte, não lhe é reservada a condição de cidadão²⁷.

Sob esse enfoque, Hobbes introduz a hipótese de que os homens, antes de se associarem por um pacto social, estariam em conflito permanente no estado de natureza. Pôr fim à guerra de todos contra todos que ocorre nesse estado pré-constitucional resultaria na transferência de independência de todos os homens a um soberano detentor pleno do poder para buscar a paz e a segurança.

Hobbes entende que o cidadão dentro desse contexto de Estado absolutista pode vir a delinquir sem perder esse status. Entretanto, o cidadão cometer um crime contra o próprio

²⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit. p. 71.

²⁵ Jakobs considera o pensamento rousseauniano, mas opta por não segui-lo: “Não quero seguir a concepção de Rousseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata” (JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit. p. 26).

²⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit. p. 45.

²⁷ “Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Essa guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído” (JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit. p. 49).

Estado significaria uma rescisão do contrato, ou seja, aquele retornaria ao estado de natureza ou guerra deixando de ser um súdito e passando a ser um inimigo. A ideia de inimigo seria oriunda da negação radical do direito de resistência à opressão do Estado, ao qual se deve sempre manter obediência.

Da mesma maneira, Jakobs retoma o pensamento de Kant que também elabora uma teoria do contrato social, assim como Hobbes. Para Kant, o Estado de Direito constitucionalmente falando teria como função primordial assegurar a justiça. Contudo, o filósofo alemão revela seu conservadorismo jurídico, dado que não admite o direito de resistência do povo²⁸:

Portanto, um povo não pode oferecer qualquer resistência ao poder legislativo soberano do Estado que fosse compatível com o direito, uma vez que uma condição jurídica somente é possível pela submissão à sua vontade legislativa geral. Inexiste, por conseguinte, direito de sedição (*seditio*), e menos ainda de rebelião (*rebellio*), e menos que tudo o mais existe um direito contra o chefe do Estado como pessoa individual (o monarca), de atacar sua pessoa ou mesmo sua vida (*monarchomachismus sub specie tyrannidii*), **sob pretexto de que abusou de sua autoridade** (*tyrannis*). **Qualquer tentativa neste sentido é alta traição** (*proditio eminens*) e quem quer que cometa tal traição tem que ser punido com nada mais do que a morte, por haver **tentado destruir sua pátria** (*parricida*).²⁹ (grifou-se)

Assim, pelo pensamento kantiano é possível inferir que, quando não se reconhece o Estado ou a sua constituição, há uma traição e a pessoa que o faz se torna estrangeira, estranha, inimiga.

Nessa perspectiva, Zaffaroni³⁰ relaciona os pensamentos de Hobbes e Kant:

(...) Neste aspecto, Kant coincide com Hobbes, negando de maneira igualmente decidida o direito de resistência à opressão, pois a resistência ao soberano implicava a destruição de sua autoridade e a violação do contrato, o que acarretava a perda da garantia externa do imperativo categórico e, por conseguinte, a volta ao estado de natureza e à guerra de todos contra todos.

Sendo assim, Jakobs se utiliza do pensamento contratualista para estabelecer que há realmente um contrato social que faz esse vínculo entre pessoas titulares de direitos e obrigações, mas que em relação ao inimigo não há o mesmo pacto social. É, na verdade, objeto de coação jurídica, sobretudo a penal. Nesse sentido, ele diferencia o que seria um delinquente de um inimigo. O delinquente mantém sua condição de pessoa e, portanto, o ordenamento

²⁸ A liberdade, para Kant, é aquela garantida pela legalidade, ou seja, de agir de acordo com as leis.

²⁹ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 232 p.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 128.

jurídico deve ainda considerar esse criminoso, entendendo que ele pode vir a se reajustar socialmente ou reparar o crime cometido. Destarte, a punição ocorre na medida de sua culpabilidade pelo ato que cometeu.

Vale o registro de que o texto de Jakobs não alude que ao inimigo estaria reservada a mesma solução do delinquente, mas que poderia haver um acordo de paz com aquele. Depreende-se, portanto, que havendo um inimigo, há uma guerra, logo, para este, não se aplica um Direito Penal no sentido genérico, mas um Direito Penal específico de medidas de segurança para combater o perigo oferecido pelo inimigo. O inimigo se enquadraria dentro da lógica da “desigualdade legal” jakobsiana, não sendo amparado por princípios como o da dignidade humana, igualdade e liberdade.

Tal afirmativa fica evidente quando Jakobs defende que nenhum Estado se extingue quando uma pessoa mata a outra visando interesse pecuniário. O autor do “Direito penal do inimigo” mostra que o inimigo ameaça o Estado e é nesse sentido que o Estado de exceção se relaciona com o direito penal do inimigo.

Jakobs repisa constantemente no termo “terroristas” aduzindo que contra eles há uma guerra. A questão que se coloca é que como podem coexistir um Estado de Direito e um Estado de guerra? Qual seria a definição de terrorista? Se o terrorista é tão somente aquele que ameaça o Estado e seu grau de periculosidade é analisado a partir do juízo de quem detém o poder, logo o terrorista é quem o Estado bem entender como tal, não há uma definição, até porque tende a variar em cada país. Há outros termos para designar os inimigos frequentemente utilizados: “crime organizado”, “máfia”, “facção criminosa” etc.

Na verdade, as proposições do doutrinador alemão revelam o apadrinhamento do direito penal de autor³¹. Em tese, o direito penal, de acordo com os princípios que lhe concedem base axiológica, deve regular as condutas humanas enquanto fato passível ou não de sanção penal, ou seja, condena-se uma ação. O problema do Direito penal de autor é a tentativa de penalizar uma pessoa não por esta ter feito algo, mas por *ser* algo indesejável, ou talvez por sua condição de *ser* representar um delito.

³¹ Defende-se, no presente trabalho monográfico, o direito penal do fato.

O doutrinador argentino Eugenio Zaffaroni foi um dos maiores contestadores da teoria jakobsiana. Sua reação no livro “O inimigo no Direito Penal” concede um viés mais realista ao tema. Zaffaroni entende que o Estado promove seu sistema penal procurando um inimigo para combater. Assim, ele reitera a discussão do Estado de Direito, reafirmando seu status de Estado policial indiscriminado (o Estado Democrático seria apenas uma formalidade)³²:

Isso é o que quase todo o penalismo e boa parte da teoria política fizeram desde que a modernidade considerou – e continua considerando – compatível um incompreensível conceito não bélico de inimigo com o Estado constitucional de direito, sem se dar conta que esse pretendo conceito, fora de uma hipótese de guerra real, corresponde ao Estado absoluto, que, por sua essência, não tolera limite nem parcialização de espécie alguma, ou seja, que inevitavelmente importa o abandono do princípio do Estado de direito.

Como não poderia deixar de ser, Zaffaroni retoma o pensamento de Schmitt sobre o Estado de exceção, tendo em vista que a escolha de um inimigo pressupõe um confronto preconizado pelo Estado. Contudo, corroborando com essa reflexão, questiona-se a intensidade dessa exceção, pois uma “guerra” que se apoia numa vontade política tende a arbitrariedades, sobretudo quando o combate e todas as medidas emergenciais dele oriundas se prolongam por tempo suficiente para não mais ensejar uma excepcionalidade, mas uma situação permanente³³:

(...) Está-se introduzindo com isso [o inimigo introduzido no direito penal, fora do contexto bélico] um conceito espúrio ou particular de guerra permanente e irregular, porque se trata de um inimigo que, por atuar fora das normas que devem ser cumpridas na guerra propriamente dita, ingressa no direito ordinário de um Estado que não está estritamente em guerra – um detalhe que Schmitt em momento algum considerou. Com essa ideia dos *hostis* como inimigo em uma guerra que, para alguns, não é guerra, que consiste em medidas de exceção e de emergência, em uma exceção abarcada pelo direito ordinário, em uma exceção que não é exceção, em uma ordinarização do excepcional, (...) oculta-se sempre a admissão de uma guerra irregular e permanente, porque é uma contradição em termos falar de inimigo sem guerra, real ou pelo menos iminente.

Dentro dessa perspectiva, constata-se que o inimigo não diz respeito apenas ao contexto jurídico subjetivo, mas também se reflete em todo o ordenamento, inclusive no direito processual penal. Sobretudo no que tange à mitigação de garantias constitucionais, à adoção de uma política criminal punitivista e à preferência ao discurso penal preventivo e cautelar, o Estado brasileiro tem se manifestado no sentido de abarcar a teoria de Jakobs. Tal tese será verificada em seus pormenores nos capítulos que se seguem.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 159.

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 145.

Entretanto, pretende-se defender que, independentemente do crime cometido e da sua gravidade, o agente deve ser processado, condenado e punido como cidadão que violou a lei penal. O infrator não deve ser tachado de inimigo, por mais atroz que tenha sido a sua conduta, não deve haver esse tipo de diferenciação qualitativa de sujeitos no Estado de Direito.

Na mesma linha, Manuel Cancio Meliá, coautor do livro “Direito penal do inimigo”, sustenta que “como Direito positivo, o Direito penal do inimigo só integra nominalmente o sistema jurídico-penal real: ‘Direito penal do cidadão’ é um pleonismo; ‘Direito penal do inimigo’, uma contradição em seus termos³⁴”.

Por fim, faz-se primordial enfatizar novamente a interpretação de Zaffaroni³⁵:

“A introdução do inimigo no direito ordinário de um Estado de Direito o destrói, porque obscurece os limites do direito penal invocando a guerra, e os do direito humanitário invocando a criminalidade (...) A **função** do direito penal de todo Estado de direito (da doutrina penal programadora de um exercício racional do poder jurídico) deve ser a **redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis**. Se o direito penal não consegue que o poder jurídico assuma essa função, lamentavelmente terá fracassado e com ele o Estado de direito perecerá. Nesse sentido, **o direito penal é um apêndice indispensável do direito constitucional do Estado de direito**, o qual se encontra sempre em tensão dialética com o Estado de polícia”. (grifo meu)

Em suma, convém dizer que a adoção do inimigo público não deve prosperar para que se garanta a manutenção do Estado constitucional enquanto promotor de direitos. O mesmo tem se colocado, contraditoriamente, na posição de vítima do delito quando escolhe manter e exacerbar o seu poder punitivo. É preciso reiterar que a questão do inimigo é sobretudo quantitativa, pois quanto mais poder o soberano possui, mais ele pode incentivar a existência desse inimigo.

³⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit. p. 54.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 172.

3 O PODER DE PUNIR E A PENA

3.1 A sociedade punitiva de Michel Foucault

Foucault investiga as maneiras de classificar uma sociedade de acordo com o modo de lidar com as pessoas que esta pretende descartar por não terem-na permitido exercer o seu controle ou que, a meu ver, não se encaixaram nos moldes de poder impostos e, por conseguinte, infringiram suas leis. Uma técnica social muito utilizada para conter esse indivíduo desviante seria através da exclusão, a qual o filósofo francês alerta ser “o efeito representativo geral de várias estratégias e táticas de poder, que a própria noção de exclusão não pode atingir por si só³⁶”. Foucault tenta ir além, porque entende o excluir mais profundo e enraizado do que se imagina, como se fosse uma característica inerente do poder (primeiro os desviantes são rejeitados para depois nomeá-los dessa forma).

Além disso, se utilizando do exemplo de um hospital psiquiátrico (instituição que se ocupa da expulsão do louco), Foucault observa que a relação de poder existente no interior desse hospital reverbera para o exterior na condição de discurso científico construindo uma racionalidade aceita pela sociedade, que toma a loucura como seu objeto. Esse saber leva a crer, para os “não loucos”, que uma clínica psiquiátrica é a instituição mais indicada para cuidar do louco. O que talvez não se perceba é que esse conhecimento é um poder político que depende da existência do hospital para se manter e que a relação de autoridade construída pode ser encaixada perfeitamente em outros mecanismos sociais.

Um deles, incontestavelmente, seria a prisão. Ela é o ambiente institucional por meio do qual se dá a expulsão do “inimigo criminoso”. A relação objeto do crime se materializa no processo criminal, sendo o juiz o detentor do saber-poder na geração do discurso científico (e jurídico). A sentença condenatória teria, portanto, o condão de sustentar a prisão. A manutenção da mesma passa a ser mantida pelo discurso produzido pelo diretor e funcionários do presídio que atestam o comportamento dos internos.

Na mesma linha de Rusche e Kirchheimer³⁷, Foucault destaca haver quatro táticas punitivas, dentre elas: o exílio (proibir a presença de um indivíduo), o ressarcimento

³⁶ FOUCAULT, Michel. **A Sociedade Punitiva**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2015. 5 p.

³⁷ Autores cujo estudo será analisado em seguida.

(indenização), a marcação (física, corporal) e o encarceramento. Entretanto, Foucault se distancia daqueles autores porque o objeto de seu estudo não é relacionar as punições a modelos políticos, econômicos e filosóficos que justifiquem seu uso pelo Estado, mas entender o sistema penal como o reflexo das relações de poder ativas. Seria compreender a natureza das lutas travadas contra formas de poder.

Foucault admite a ideia de que haveria uma guerra civil, não no sentido que se conhece, mas como uma delinquência política. Retoma-se o pensamento contratualista de Rousseau e Hobbes para explicar que uma guerra de todos contra todos numa realidade de pacto social não seria uma guerra civil, isto é, uma retomada do “monstro” externo ao Estado. De certo, a noção de guerra de todos contra todos se presta, na teoria hobbesiana, a alavancar os fundamentos do poder do soberano. Foucault, contudo, considera que:

A guerra civil é o estado permanente a partir do qual é possível e é preciso compreender diversas dessas táticas de luta, entre as quais os sistemas penais são precisamente um exemplo privilegiado. A guerra civil é a matriz de todas as lutas pelo poder, de todas as estratégias do poder e, por conseguinte, também a matriz de todas as lutas a propósito do poder e contra ele.

Assim, a guerra civil abordada por Foucault é aquela que, dentro de um contexto de poder já constituído, se insurge contra ele numa relação de antítese³⁸. Não seria, pois, um retorno ao estado de natureza. Essa guerra ataca o poder vigente ao mesmo tempo que estabelece outro se apropriando de suas formas. Na visão foucaultiana, haveria uma inversão nas relações de poder, porque aquele que antes estava destinado a escapar de um julgamento é submetido ao tribunal.

Outrossim, os teóricos contratualistas, a partir da concepção de pacto social, propõem que o criminoso seria um inimigo social, justamente por resgatar, ainda que de forma breve, a guerra de todos contra todos. Ao cometer um crime, o delinquente romperia com o contrato social, então a sua infração não teria sido um ato contra um sujeito passivo individual, mas uma atitude que poria em xeque toda a sociedade³⁹. Foucault questiona, porém, que essa conjectura esbarra na ilogicidade de haver uma sociedade com níveis de criminalidade tão altos a ponto de ter um número vultuoso de inimigos.

³⁸ “A guerra civil não é nem anterior nem exterior ao poder” (FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 30.).

³⁹ Essa percepção será retomada por Günther Jakobs nos anos de 1980 para formular a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Isto posto, Foucault se propõe a examinar a natureza do surgimento do inimigo público, começando pelo estudo da delinquência feita em meados do século XVIII pelos fisiocratas. A análise relata uma crítica econômica à vagabundagem e mendicância da época, devido à condição improdutiva que cumpriam. A desocupação do ponto de vista da produção era reputada como causa primária do crime. “Os criminosos aparecem como inimigos sociais em virtude do poder violento que exercem sobre a população e de sua posição no processo de produção como recusa ao trabalho⁴⁰”. A solução proposta pelos fisiocratas era a escravização do vagabundo, ou seja, a retirada de sua liberdade para combater a ociosidade.

Em suma, o primeiro critério de definição de inimigo público foi a produção. Por conseguinte, qualquer pessoa que se colocasse contrariamente a essa lógica seria hostil à sociedade. Esse parâmetro, conforme verifica Foucault, pode ser aplicado também a outros grupos que anos mais tarde serão questionados pela burguesia na Revolução Francesa por sua recusa em trabalhar: membros do clero e da nobreza⁴¹.

Na continuação do estudo, Foucault se dedica a analisar a relação entre a prática penal que define um inimigo social e as táticas punitivas que se encarregavam da exclusão. Nesse ponto, é possível perceber que há uma diferença entre o punir e a punição, entre o penal e o penitenciário. A punição seria um mecanismo de defesa da sociedade, não tendo um caráter reparatório. Por isso, cada sociedade deveria estabelecer o gradiente de suas penas, entendendo-as como medida de proteção, além de impedir o aparecimento de novos inimigos.

Da mesma forma, observa-se que a prisão não era ainda utilizada como pena, era apenas um mecanismo de controle sobre o acusado. Posteriormente, a sua adoção como forma principal de punição parece ser justificada pela introdução da noção temporal no capitalismo e, por consequência, no sistema penal⁴². A propósito, o desenvolvimento do capitalismo redesenhou a realidade, uma vez que as classes sociais (atreladas a classes profissionais) se consolidaram em unidades organizadas, ao passo que não mais se combatiam desocupados ou marginais, mas o proletariado.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 46.

⁴¹ “O que é essa regra de autodefesa campesina, senão uma espécie de convocação à insurreição?” (FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 48).

⁴² “(...) já não se pune por meio do corpo, dos bens, mas pelo tempo por viver. O tempo que resta para viver é aquilo de que a sociedade vai apropriar-se para punir o indivíduo” (FOUCAULT, Michel. Op. cit. p.66).

Diante da necessidade de controle das classes populares, o aparato repressivo do Estado, que se resumia às forças armadas e justiça, também teve que ser reformulado. Foram criadas agências paraestatais para gerenciar a atividade policial e “manter a ordem”. Era uma delegação administrativa que desempenhava o papel coercitivo e influenciava o sistema penal, o qual se tornou um sistema eminentemente penitenciário. Eis o que Foucault denomina de sociedade punitiva⁴³.

Dentro dessa sociedade, a burguesia se valeria ora de ilegalismo⁴⁴ de privilégios, ora de ilegalismo popular, isto é, de estratégias políticas, para criar um modelo de delinquência vantajoso na manutenção das relações de produção. O ilegalismo popular passa a ser intolerável para a classe burguesa, isso porque ele representaria uma ameaça à autoridade política. A burguesia, então, se apropria desse instituto para exercer sua vigilância, por meio do discurso do inimigo público e da prisão⁴⁵. Aqui se encontra a origem da instauração do sistema penitenciário.

Da mesma maneira, é inegável a relevância da moralidade constante no discurso burguês. Eleger um indivíduo que, por determinadas características, representa um perigo para a sociedade nada mais é do que elaborar uma criminologia baseada numa transcrição “psicossociológica” do delinquente dentro do sistema penal. Uma questão ainda a ser considerada é que a burguesia não apenas cria um discurso direcionado à promoção negativa do inimigo, destinando-o a perder tempo de sua vida na prisão, como usa a mesma relação temporal para controlar o tempo dos trabalhadores. A sociedade industrial detém não só os meios de produção, mas o tempo dos indivíduos que emprega (paga-se um salário em troca do tempo de trabalho). Dado que é a classe dominante que estabelece a rotina dos operários e sua carga de trabalho, ela passa a dispor do corpo e da vida dos proletários, o que Foucault chamou de “forma-salário”. Similar a essa, o sistema de punições também teria a sua “forma” correspondente, a forma-prisão”.

⁴³ “Em suma, estamos diante de algo que chamo de sociedade punitiva, ou seja, uma sociedade na qual o aparato estatal judiciário desempenha, ademais, funções corretivas e penitenciárias” (FOUCAULT, Michel. Op. cit. p.129).

⁴⁴ Neologismo criado por Michel Foucault para designar uma prática contrária a uma lei formal, mas sem perder o sentido de norma, não sendo, portanto, sinônimo de ilegalidade. O exemplo dado por Foucault são os acordos privados entre artesãos e comerciantes (cada grupo possuiria o seu ilegalismo) para melhor gerir o negócio, ou seja, relações de mercado que escapam à ordem estabelecida. A aceção de regra se mantém, mas como um modelo de gestão de irregularidades.

⁴⁵ “O par vigiar-punir instaura-se como relação de poder indispensável à fixação dos indivíduos no aparato de produção, à constituição das forças produtivas (...)” (FOUCAULT, Michel. Op. cit. p.180).

É nesse quadro da economia política do século XIX que Foucault, enfim, particulariza a “forma jurídico-social prisão” para entender o sistema de poder em que esta funciona e como esta se generalizou. O poder não é algo que se possui como se fosse um bem. Sua noção é pouco tangível, posto que ele não é estático, é exercido (ou não) e passa. Está em constante ação, tanto que uma relação de poder nunca é cogente e perpétua. No tocante ao poder punitivo, aquele presente na sociedade e que se manifesta reiteradamente por intermédio dos mecanismos estatais, é, segundo Foucault, um sistema mais complexo do que se imagina. “Por causa disso, na prática, nem o controle nem a destruição do aparato estatal podem bastar para causar a transformação ou o desaparecimento de certo tipo de poder, aquele dentro do qual ele funcionou⁴⁶”. Tal afirmação se deve ao fato de, muito mais do que um método punitivo e institucional, a prisão é um poder de construção de uma verdade. É uma estrutura estatal que retransmite um saber, de maneira semelhante ao hospital psiquiátrico.

3.2 O histórico da pena de prisão

Antes de prosseguir o estudo e buscar entender qual a relação entre exclusão social e prisão, se faz necessário traçar a origem histórica das prisões enquanto pena atribuída aos condenados, inclusive para pormenorizar o tema já abordado por Foucault. Para tanto, compartilha-se do pensamento de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, cuja análise se pauta pela criminologia crítica.

A história da prisão como modelo de sanção penal tem início no século XVI, tendo em vista que as penas concedidas na Idade Média se restringiam a castigos corporais (mutilações, pena de morte) e fianças, aplicadas de acordo com a classe social do condenado. Na prática, a fiança, a qual funcionava como uma compensação pecuniária (seria uma espécie de indenização) era reservada aos ricos, enquanto os castigos físicos, aos pobres.

Na Baixa Idade Média, com o crescimento de criminosos oriundos de classes menos favorecidas, a pena de morte se tornou uma maneira de eliminar os indivíduos considerados perigosos. Se a pena atribuída fosse a mutilação, o sentenciado ficava marcado para sempre pelo crime cometido, tanto fisicamente quanto socialmente (outras pessoas sabiam que houve uma condenação).

⁴⁶ FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 209.

A partir da expansão do mercantilismo, juntamente com a corrida colonial em busca de metais preciosos, os métodos de punição se modificaram no sentido de priorizarem a exploração do trabalho dos prisioneiros, mormente a necessidade de mão-de-obra. A demanda por mais trabalhadores também corroborou para o quadro, bem como as iniciativas de empregar os ditos “vagabundos” em alguma obra pública. Ainda, leis que visavam eliminar a mendicância foram criadas nesse período, considerando, principalmente, a crescente escassez de mão-de obra.

Percebe-se não só uma mudança de postura em relação aos mendigos, mas uma mudança na maneira de tratar os mais pobres no final do século XVI. Foi nessa época a criação de casas de correção, instituições voltadas ao recolhimento de moradores de rua, desempregados e ladrões. Era uma maneira de “limpar” as cidades e dar uma destinação útil a esses indivíduos. Como asseveram Rusche e Kirchheimer⁴⁷, “a essência da casa de correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres, oficinas de trabalho e instituições penais”. E ainda: “seu objetivo principal era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil”.

Por outro lado, outro método de punição utilizado no referido período eram as galés. Elas seriam uma maneira eficaz de obter trabalhadores com custos módicos, o que era muito significativo num tempo de escassez de mão-de-obra e de expansão marítima. Ser condenação às galés consistia em perder a liberdade por anos para realizar trabalhos forçados neste ínterim. Em resumo, era mais como uma punição física perpétua.⁴⁸

É importante que se destaque que, concomitantemente aos meios de punição apontados, também existiam as prisões. Até o século XVIII, estas eram destinadas a pessoas antes do julgamento e durante o seu curso. Na verdade, a real origem da prisão da maneira como se concebe na modernidade foram as casas de correção. Logo, entende-se que o encarceramento nas instituições correccionais, nesse momento, não estava atrelado a uma ideia de ressocialização do recluso, mas à necessidade de exploração da sua força de trabalho dentro da lógica de desenvolver o capitalismo. De acordo com Rusche e Kirchheimer⁴⁹, “de todas as motivações da nova ênfase no encarceramento como método de punição, a mais importante era o lucro,

⁴⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. 69 p.

⁴⁸ Outra forma de punir os condenados, também explorando sua força de trabalho era a deportação dos mesmos às colônias, para que povoassem condenação

⁴⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit. p. 103.

tanto no sentido restrito de fazer produtiva a própria instituição quanto no sentido amplo de tornar todo o sistema penal parte do programa mercantilista do Estado”.

O aperfeiçoamento do capitalismo levou a burguesia, detentora de poder econômico, mas não do político, a tentar limitar o poder dos soberanos através das leis, idealizadas, sobretudo, pelos pensadores liberais da época, o que também se refletiu no âmbito penal. A necessidade de criar parâmetros legais para as penas, relacionando-as aos crimes cometidos surge, principalmente, com o iluminista italiano Cesare Beccaria (*Dos delitos e das penas*). Ele inaugura a noção de proporcionalidade da punição atribuída com a gravidade do delito.

Beccaria defendia, principalmente, que os crimes de ordem patrimonial fossem punidos. Caso o autor do crime de furto, por exemplo, não tivesse como pagar fiança para reparar o dano cometido, a violação deveria ser paga com sua liberdade (o que ocorria geralmente com pessoas de classes menos favorecidas). Em suma, a ofensa à propriedade era grave de tal forma que o encarceramento do infrator seria a maneira mais eficaz de proteger o bem jurídico, ou seja, a liberdade e a propriedade teriam valores equivalentes.

Parece correto concluir, portanto, que o Iluminismo penal como alicerce filosófico das leis do século XVIII leva a inferir que o próprio capitalismo ditaria o modo de agir perante os criminosos, independentemente da época. Na medida em que as normas eram (e sempre foram) editadas pela classe dominante econômica, a maneira de exercer o poder de punir e tratar da destinação dos pobres e da mendicância tende a variar de acordo com a atividade mais lucrativa. Um exemplo seria a decadência das casas de correção. Uma vez que as referidas instituições não mais apresentaram uma boa fonte de lucro, as mesmas caíram em decadência.

“O cárcere tornou-se a principal forma de punição no mundo ocidental no exato momento em que o fundamento econômico da casa de correção foi destruído pelas mudanças industriais”, segundo Rusche e Kirchheimer⁵⁰. Aliado a esse fato, o excedente de mão-de-obra tão visado outrora resultou no aumento da pobreza, o que colaborou para índices de criminalidade crescentes no fim do século XVIII e no início do seguinte. Em decorrência do acréscimo no número de condenados, as prisões, antes reservadas a acusados no curso de seus

⁵⁰ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit. p. 146.

processos, ficaram superlotadas porque seu uso se designou para a execução penal sem, contudo, passar por uma reforma na política criminal para adaptar à nova realidade.

Outra questão a ser considerada é que, depois que as penitenciárias foram eleitas para abrigar os encarcerados, percebem-se oscilações da opinião pública no que tange à determinação da finalidade da prisão. Em certos momentos, o trabalho no cárcere serviu como forma de punição e até tortura, já que o pensamento dominante entendia que “apenas” a perda da liberdade não seria suficiente. Essa visão se modificou ao final do século XIX e foi introduzida a concepção de reabilitação do condenado⁵¹, além de haver uma preocupação na proporção entre o crime e a pena, para, inclusive, evitar prisões com duração ínfima.

Tal mudança também pode ser atribuída ao equilíbrio econômico dos países europeus, cenário que se manteve até 1914 e contribuiu para o decréscimo da criminalidade. Durante as grandes guerras, o paradigma sofre outra alternância, os casos prescreviam e os já condenados eram recrutados para o exército. Entretanto, o fascismo resgata a noção repressiva no combate ao crime e na supressão de garantias fundamentais, principalmente porque as prisões voltaram a ter superpopulação com a crise econômica no entre guerras. Observa-se um retorno de penas cruéis e do tratamento hostil ao criminoso⁵². Conforme lecionam Rusche e Kirchheimer⁵³:

Contra o pano de fundo de uma versão caricaturada dos métodos humanitários de Weimar, o nacional-socialismo projetou um novo sistema, no qual os elementos de uma doutrina racista, biologista determinista, foram associados aos princípios retaliatórios da teoria penal alemã clássica. As garantias da lei substantiva e processual, em nome das quais os teóricos lutaram contra os reformadores, tinham sido completamente destruídas.

Sendo assim, diante do exposto, o sistema penal se revela inserido inevitavelmente na realidade social (econômica e política). Por isso que mister se fez essa breve análise histórica das prisões, para entender que as taxas de criminalidade crescentes não são produto de métodos de punição brandos ou de um poder de punir pouco eficiente. A prática de crimes encontra-se ligada às condições de vida oferecidas pelo Estado à população, restando claro que “na medida

⁵¹ A doutrina clássica da Criminologia foi deixada de lado para dar lugar às teses modernas do direito penal, sobretudo na sua abordagem sociológica, a qual rechaçou o caráter meramente retributivo da pena.

⁵² Foucault, em referência aos autores, defende que é preciso “abandonar em primeiro lugar a ilusão de que a penalidade é antes de tudo (e não exclusivamente) uma maneira de reprimir os delitos e que nesse papel, de acordo com as formas sociais, os sistemas políticos ou as crenças, ela pode ser severa ou indulgente, voltar-se para a expiação ou procurar obter uma reparação, aplicar-se em perseguir o indivíduo ou em atribuir responsabilidades coletivas” (FOUCAULT, Michel. Op. cit. p.24).

⁵³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit. p. 248.

em que a consciência não está numa posição de compreender, e conseqüentemente de agir sobre a necessidade de relacionar um programa penal progressista e o progresso em geral, qualquer projeto de reforma penal continuará caminhando sobre incertezas, e os inevitáveis fracassos serão mais uma vez atribuídos à fraqueza inerente à natureza humana e não ao sistema social⁵⁴”. A punição severa e um tratamento cruel aos criminosos pode ser aplicada inúmeras vezes, mas “enquanto a sociedade não estiver apta a resolver seus problemas sociais, a repressão, o caminho aparentemente mais fácil, será sempre bem aceita”.

3.3 A efetivação do punitivismo

A análise de Foucault sobre punição e estrutura social é pautada no lapso temporal entre o fim da Idade Média (e começo do Antigo Regime) até o século XIX. Para o estudo do direito penal moderno, bem como de suas implicações na sociedade, serão explorados as vertentes de Loic Wacquant, David Garland e Jack Young. Conforme defende Garland, “mudanças em políticas, sentenças, punições, teorias criminológicas, filosofia penal, políticas penais, segurança privada, prevenção do crime e tratamento das vítimas, assim por diante, podem ser mais bem apreendidas se forem vistas como elementos que interagem no campo estrutural do controle do crime e da justiça criminal⁵⁵”.

Seguindo as considerações de Foucault, Wacquant acredita que o poder seria não apenas uma “hipótese repressiva”, como uma fonte fertilizadora que está em constante movimento. Todavia, seu estudo se foca na utilização desse poder na criminalização da miséria e na expansão do sentimento generalizado de insegurança que permeia a sociedade neoliberal (estadunidense)⁵⁶ dos séculos XX e XXI, ideia que ajudará na análise do poder de punir que se almeja.

⁵⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit. p. 282.

⁵⁵ GARLAND, David. **A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. 36 p.

⁵⁶ “De onde vem esta curiosa maneira de pensar e de agir em relação à ‘segurança’ que, entre as ‘funções básicas do Estado’ identificadas por Mas Weber – a elaboração de leis, a imposição de ordem pública, a defesa armada contra as agressões externas e a administração das ‘necessidades higiênicas, educativas, sociais e culturais’ de seus membros – concede uma prioridade sem precedentes às missões de polícia e de justiça, e exhibe com estardalhaço a capacidade das autoridades de submeter as categorias e os territórios indóceis à norma comum?” (WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos** [A onda punitiva]. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 11 p.)

O contexto principal do texto que se segue é a sociedade do pós-guerra na tentativa de se recompor e as repercussões criminais dela oriundas. Jock Young investiga os sintomas da criminalidade e seu aumento a partir dos anos 60, período em que a sociedade acabara de se reorganizar a partir do fim da 2ª guerra mundial. Young infere que a modernidade recente como um tempo de intensas mudanças, talvez tão abundantes que a sociedade tentaria dar conta, à sua maneira, de tais transformações. Young trata bastante das diferenças entre os indivíduos, exacerbadas por um desejo de inclusão do diverso numa época de quebra da hegemonia da sociedade dos “anos dourados”. Essa inclusão, na verdade, se relaciona não só do ponto de vista cultural (cultura negra, homossexual, entre outras), mas também de uma perspectiva de igualdade de direitos (o movimento feminista, por exemplo), ligada intimamente com uma realidade de desigualdade social.

Young se debruça, então, na análise da exclusão social buscando múltiplos entendimentos, não apenas baseados em níveis de violência e criminalidade. Young (2002) infere como possíveis causas que, a contar dos anos 1980, as mudanças maciças do mercado de trabalho e o aumento do desemprego estrutural (devido à expansão do mercado de trabalho secundário no pós fordismo) seguidas da acentuação do individualismo que quebra o paradigma da comunidade resultam num processo de exclusão. Isso porque trata-se de uma “exclusão decorrente das tentativas de controlar a criminalidade resultante das circunstâncias transformadas e da natureza excludente do próprio comportamento antissocial⁵⁷”. Dessa maneira, conclui que⁵⁸:

A dinâmica fundamental de exclusão resulta de forças de mercado primário de trabalho e dos valores de mercado, o que contribui para gerar um clima de individualismo. Tal situação afeta tanto as causas da criminalidade (através da privação relativa e do individualismo) quanto as reações contra o crime (pela precariedade econômica e a insegurança ontológica). As exclusões ocorrem na superfície desse processo primário são uma tentativa de lidar com o problema da criminalidade e da desordem por ela engendrada. Baseiam-se frequentemente numa percepção equivocada, mas são uma percepção equivocada do real e não um problema imaginário. A própria criminalidade é uma exclusão, como o são as tentativas de controlá-la através de barreiras, encarceramento e estigmatização. Tais processo frequentemente exacerbam o problema numa dialético de exclusão: mas as mudanças que ocorrem no florescente aparato de controle do crime são, no longo prazo, uma resposta a esta condição.

Sob esse enfoque, depreende-se que Young procura entender a exclusão pela falta de inclusão. Em primeiro lugar, tenta separar a justificativa da criminalidade na dicotomia “direita

⁵⁷ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 23 p.

⁵⁸ YOUNG, Jock. Op. cit. p. 49.

x esquerda”, afirmando que “ambos os modelos de déficit, o preferido pela direita (positivismo individual) e o preferido pela esquerda (positivismo social), são defeituosos. O primeiro vê que a fonte da desordem é a falta de inclusão na cultura da sociedade, e para o segundo trata-se de uma falta de inclusão na economia⁵⁹”. Em seguida, comprova que o crime “não é resultado de uma falta de cultura, mas da adesão a uma cultura de sucesso e individualismo (...) não é a privação material *per se*, nem a falta de oportunidade que dá lugar ao crime, mas a privação no contexto da cultura do ‘sonho americano’, em que se exorta a meritocracia aberta a todos⁶⁰”.

A criminalidade, então, seria oriunda do anseio frustrado do excluído em alcançar os bens de consumo divulgados pela ampla propaganda. Nesse sentido, Young indica que uma cidade pode ser vista como uma metáfora da modernidade recente, justamente por suas contradições espaciais (centro vs periferia) e sociais. O aumento na taxa de delinquência alimenta a cultura do medo, de forma que certas áreas urbanas devem ser evitadas, o que culmina na criação de zonas proibidas, aumento do policiamento e privatização de lugares públicos. Assim, a própria cidade exclui e filtra para perpetuar seu estado vigilante.

Em que pese o argumento sociológico de Young do período em referência contribua para o melhor entendimento das mudanças na lógica da exclusão, convém direcionar o estudo para as questões econômica e política que envolvem a marginalização da pobreza e encarceramento progressivo.

O Estado penal-previdenciário dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha reunia uma estrutura de penas proporcionais com compromisso de reabilitar o condenado, com medidas de correção que negavam o caráter retributivo da punição. Esse modelo majoritário, que perdurou no século XX até (e principalmente) os anos 1970, fazia parte do plano do Estado de bem-estar do pós-guerra. O contexto histórico para a instalação desse paradigma de Estado está ligado com a tentativa de frear a expansão comunista. Segundo Garland, “onde outrora o princípio condutor fora *nulla poena sine crimine* (‘não há pena sem crime’), no mundo do previdenciarismo penal vigiam os axiomas não há tratamento sem diagnóstico e não há pena sem aconselhamento especializado⁶¹”.

⁵⁹ YOUNG, Jock. Op. cit. p. 123.

⁶⁰ YOUNG, Jock. Op. cit. p. 125.

⁶¹ GARLAND, David. Op. cit. p. 106.

Preponderava o entendimento de que a criminalidade tende a diminuir com o progresso econômico e com reestruturação social. Além disso, cuidar dos criminosos era tarefa do Estado. Sendo assim, a atuação estatal se dividia entre prevenir e punir. Os defensores dessa criminologia correcional, também chamada de modernista, procuravam entender as condições sociais, econômicas e psicológicas que levavam o delinquente a cometer crimes, bem como os impactos causados pela política criminal adotada. Rejeitava-se o combate ao crime se referindo a um perigo social.

O previdenciário penal, aceito pelas diferentes classes da sociedade, se desmantelou a partir da disseminação da ideia de fracasso nas políticas criminais. A eficácia da criminologia correcional foi questionada pois, de acordo com índices, a criminalidade não havia diminuído, o que fez com que os críticos da teoria ganhassem força. Esse movimento também aconteceu por um processo da sociedade como um todo, não apenas na questão punitiva. A substituição do modelo penal-previdenciário no campo do controle do crime não se pautou em teorias criminológicas, mas “pelo caráter da sociedade do final do século XX, por seus problemas, sua cultura e suas tecnologias de poder⁶²”.

Por outro lado, Jock Young investiga os sintomas da criminalidade e seu aumento a partir dos anos 60, período em que a sociedade acabara de se reorganizar a partir do fim da 2ª guerra mundial. Young infere que a modernidade recente como um tempo de intensas mudanças, talvez tão abundantes que a sociedade tentaria dar conta, à sua maneira, de tais transformações. Young trata bastante das diferenças entre os indivíduos, exacerbadas por um desejo de inclusão do diverso numa época de quebra da hegemonia da sociedade dos “anos dourados”. Essa inclusão, na verdade, se relaciona não só do ponto de vista cultural (cultura negra, homossexual, entre outras), mas também de uma perspectiva de igualdade de direitos (o movimento feminista, por exemplo), ligada intimamente com uma realidade de desigualdade social.

O keynesianismo dos Estados Unidos criou a noção do Estado como garantidor do bem-estar social. Essa ideia foi se modificando no sentido de tornar a assistência estatal mero

⁶² GARLAND, David. Op. cit. p. 171.

exercício de compaixão (“Estado caritativo”)⁶³. Assim, verifica-se que a necessidade de uma proteção social do mais vulneráveis converteu-se numa gestão da pobreza por um Estado penal. Primeiro porque o “wellfare state” se tornou um “workfare state”, isto é, as classes mais marginalizadas acabam por receber uma ajuda mínima (e dificultada pela burocracia estatal) do governo (caridade) para que, assim, seja estimulada a indispensabilidade do trabalho, mesmo que desqualificado.

A desigualdade social tende a se tornar ainda mais evidente, em especial pela condição ameaçadora imposta aos pobres de que a ausência de emprego (precário) seria combatida repressivamente com o aparato punitivo (institucionalização da insegurança). O interessante do plano neoliberal de negligenciar os pobres é que, paradoxalmente, o dinheiro que deixa de ser gasto nos programas assistenciais passa a integrar o orçamento das penitenciárias.

Pode-se inferir que a política estatal de “criminalização das consequências da pobreza patrocinada pelo Estado⁶⁴” se reflete em dois arranjos distintos. O primeiro diz respeito à reorganização dos serviços sociais para que desempenhem o papel de vigilância controladora dos seus beneficiários. As exigências impostas aos indivíduos que gozam desses auxílios beiram a irrazoabilidade, porque eles são obrigados a se sujeitar a empregos mal pagos e degradantes sob o risco de perderem a caridade. Sem contar que a condição de assalariado não garante a saída da pobreza.

Sob esse enfoque, a segunda característica seria o confinamento. Segregar ao cárcere se faz muito eficaz para esconder os indesejáveis. Aliado a isso, incriminar os setores menos favorecidos esbarra na questão da segregação racial do país, em conjunto com a “guerra às drogas”⁶⁵, estratégia para estigmatizar cada vez mais os guetos negros. Como bem destaca Wacquant:

Não é, pois, a guerra às drogas per se, mas sim quando essa política é usada e o seu emprego seletivo num quadrante restrito, localizado bem na base do espaço urbano e social, que contribuiu para superlotar as celas estadunidenses e rapidamente “escurecer” seus ocupantes.

⁶³ Garland defende que “as mesmas mudanças econômicas e sociais inauguradas pelo Estado do bem-estar acabariam por minar a efetividade e legitimidade de formas previdenciárias de governo” (GARLAND, David. Op. cit. p. 207).

⁶⁴ WACQUANT, Loïc. Op. cit. p. 111.

⁶⁵ Wacquant se refere à guerra às drogas como “uma guerra de guerrilha à perseguição penal aos traficantes das calçadas e aos consumidores pobres” (WACQUANT, Loïc. Op. cit. p.115).

A política de encarceramento nos Estados Unidos foi tão eficiente em seu objetivo que alcançou índices industriais. Em decorrência, gerou-se um mercado do cárcere, o qual necessita da construção de estabelecimentos prisionais; de funcionários para limpeza, alimentação, serviços médicos, transporte e segurança; ou seja, a prisão passou a ser uma empresa e a gerar lucro.

Em contrapartida, é possível perceber uma flexibilização do aparato penal externo à prisão para aumentar o seu alcance, tanto pela precarização do discurso jurídico revelado em sentenças condenatórias mais extensas e genéricas, como um regime repressivo nas ruas com o aumento do policiamento de “tolerância zero”. Wacquant identifica algumas funções que a intensidade da punição preenche: a primeira delas seria o encarceramento para neutralizar as frações excedentes da classe operária; o segundo degrau seria a expansão da rede policial, judiciária e penitenciária do Estado para desempenhar uma função econômica e para disciplinar o trabalhador assalariado e dessocializado, fazendo isso através da elevação das estratégias de escape e resistência que empurram sobretudo jovens de sexo masculino de classe baixa para os setores ilegais da economia. A classe superior seria um reflexo dos mecanismos estatais e penais que tentam simbolicamente reafirmar a autoridade do Estado justamente para satisfazer as elites políticas, colocar uma fronteira entre os cidadãos de bem e os desviantes não merecedores, estes devem ser postos à margem de forma duradoura.

Em suma, os Estados Unidos criaram uma política criminal (“nova penologia”) austera de contenção dos pobres, cuja dessocialização foi responsabilidade do Estado, além de se basear no ideário da insegurança social também de sua autoria⁶⁶. É como se os pobres estivessem numa situação análoga à liberdade condicional, correndo sempre o risco desta ser abolida repentinamente⁶⁷.

A referida política se consubstanciou na Lei PRWORA⁶⁸, de 1996, instituto legal que inaugurou juridicamente a reforma do bem-estar social. Outras leis foram editadas na mesma época, mas acredita-se que a PRWORA foi o marco da estratégia de eliminação de direitos sociais. Suas diretrizes mais importantes eram: (1) revogar o direito à assistência como dever

⁶⁶ “O encarceramento serve, antes de tudo, para regular, se não perpetuar, a pobreza e para armazenar os dejetos humanos no mercado” (WACQUANT, Loïc. Op. cit. p.126).

⁶⁷ “A imagem recorrente do criminoso deixou de ser a daquela pessoa necessitada, ociosa ou desajustada, tornando-se mais ameaçadora – como as dos criminosos recalcitrantes, drogados e predadores – e, ao mesmo tempo, muito mais racial” (GARLAND, David. Op. cit. p.221).

⁶⁸ PRWORA significa Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996, Lei de Reconciliação de Responsabilidade pessoal e de Oportunidades de Trabalho em português (tradução minha).

do Estado diminuindo, por exemplo, a ajuda às mães com filhos pequenos; (2) transferir a responsabilidade da União pelos programas aos estados federados para que definissem os critérios e verbas regionalmente, retirando qualquer ingerência federal; (3) tornar fixo o montante dos auxílios sem avaliar a condição de cada indivíduo; e, por fim, (4) excluir do registro de assistência determinadas categorias sociais, como pessoas condenadas por crimes relacionados a entorpecentes, crianças pobres com deficiência física e residentes estrangeiros morando a menos de seis anos no país.

Os efeitos da PRWORA não foram tão devastadores quanto se esperava. Mesmo com o cancelamento das assistências, a taxa nacional de pobreza não se alterou nos anos subsequentes e, com a melhora da economia, o poder de compra da renda familiar aumentou. A despeito disso, verifica-se que a intensidade da pobreza se acentuou. As diferenças entre os níveis de renda se dilataram e essa discrepância colaborou para a construção de uma sociedade ideologicamente desigual. Prova disso é que o perfil dos pobres ex-beneficiários dos programas sociais se encaixa perfeitamente no padrão dos detentos do sistema prisional. Em síntese, a lei de 1996 cumpriu o seu papel de normatizar a pobreza⁶⁹.

No que concerne à questão penal, o aprisionamento em massa demonstra algumas práticas do sistema (principalmente nos anos 1990). De início, percebe-se uma atrofia no Judiciário, que passou a prescrever penas muito mais longas. Outro aspecto a ser mencionado é que as condenações não pressupunham crimes graves ou violentos, a maior parte deles, aliás, eram delitos contra o patrimônio ou posse de drogas.

Da mesma forma, o cumprimento da pena em si não parece ser fácil. Brigas internas, conflitos com os agentes de segurança, condições insalubres e superlotação são alguns dos problemas enfrentados pelos internos durante a sua passagem pelo sistema carcerário. Além disso, se antes de serem presos, os detentos já eram, em sua maioria, pobres, uma vez em liberdade, a situação se agrava ainda mais.

⁶⁹ “A polícia, os tribunais e a prisão são, se examinados mais de perto, a face sombria e severa que o Leviatã exhibe por toda parte para as categorias deserdadas e desonradas, capturadas nas cavidades inferiores do espaço social e urbano pela desregulamentação econômica e pelo recuo dos esquemas de proteção social” (WACQUANT, Loïc. Op. cit. p.17).

Pessoas que cumpriam pena têm dificuldades para se recolocar no mercado de trabalho e a marca deixada pelo cárcere permanece quase que eternamente. Retomando Foucault (2015) e Rusche e Kirchheimer (2004) sobre a história das penas, é possível fazer uma comparação entre os castigos físicos que tinham como objetivo marcar um indivíduo socialmente (um ladrão que tinha a mão amputada) com as prisões. A prisão continua a deixar uma cicatriz, ainda que simbólica, naquele que passa por ela. Os egressos do sistema prisional ficam tatuados pela memória e pelo reconhecimento social, já que o fim da pena privativa de liberdade não esgota a sua punição.

Ademais, os estados federados dispenderam vultuosa quantia na construção de novos estabelecimentos prisionais para abrigar todos os delinquentes aprisionados pela lógica “lei e ordem”. O gasto representou uma tal porcentagem no orçamento do Estado que Wacquant concluiu que as prisões se tornaram “o principal programa de habitação social do país⁷⁰”. E mais: prisão pode ser vista, desse ângulo, como um estoque da população excedente, de pessoas desempregadas que, inúteis para a produção e o consumo, ficam confinadas.

Não obstante, o encarceramento em massa também gera um custo significativo para a sua manutenção que onerou muito o poder público. A solução encontrada foi a privatização da administração dos presídios. Como bem destaca Wacquant⁷¹:

Inimaginável há apenas 20 anos, a prisão com fins lucrativos é hoje uma componente obrigatória da paisagem penal estadunidense. Mais do que isso. Sua presença modificou profundamente o comportamento das administrações penitenciárias, já que estas, por seu turno, lançaram-se numa competição desenfreada, visando a alugar “leitos” baratos às jurisdições vizinhas, mal servidas de celas. Ademais, as empresas de construção e de gestão de prisões não são as únicas a lucrar com a hiperinflação carcerária estadunidense. Todos os setores de atividades suscetíveis de fornecer bens e serviços às instituições de encarceramento estão envolvidos, do seguro à alimentação, passando pela arquitetura, os transportes, a telefonia e as tecnologias de identificação e vigilância.

Na verdade, criou-se uma indústria de presídios que movimenta milhões de dólares por ano. Além disso, devido ao enorme contingente de pessoas encarceradas, outra solução para diminuir os gastos da reclusão foi posta em prática: tornar os prisioneiros úteis através do trabalho. De fato, representa uma mão-de-obra de baixo custo pronta a ser explorada. Contudo, ainda se mantém a concepção de que o detento bem tratado deve estar pior que o mais pobre

⁷⁰ WACQUANT, Loïc. Op. cit. p. 275.

⁷¹ WACQUANT, Loïc. Op. cit. p. 288.

trabalhador assalariado, então o labor na prisão seria apenas uma forma de “pagar a dívida” do condenado, já que recebe “gratuitamente” alimentação, moradia e atendimento médico. Essa política se insere na premissa de que o preso deve detestar a prisão a ponto de nunca mais querer voltar.

Na mesma linha, a privação dos reclusos também atinge seus direitos sociais. Eles não podem votar (mesmo antes da condenação), não tem acesso aos benefícios garantidos pelo sistema da compaixão estadunidense (moradia social, assistência alimentar, aposentadoria). Wacquant⁷² interpreta que:

Atingidos por um tríplice estigma – ao mesmo tempo moral (eles forma colocados fora da cidadania ao violarem a lei), de classe (eles são pobres em uma sociedade que venera a riqueza e concebe o sucesso social como resultado unicamente do esforço individual) e de casta (eles são majoritariamente negros, oriundos, portanto, de uma comunidade despida de “honra étnica”) -, os detentos são o grupo pária entre os párias, uma categoria sacrificial, que pode ser vilipendiada e humilhada impunemente, com imensos lucros simbólicos. A política de criminalização da miséria do Estados Unidos encontra, assim, seu prolongamento cultural em um discurso público de maldição dos prisioneiros, do qual participam os mais altos mandatários do país, e que os torna a encarnação do mal absoluto: a antítese viva do “sonho estadunidense”, cujo afastamento serve de exorcismo coletivo.

Convém destacar que o mencionado estigma construiu uma situação em que o cárcere se torna um prolongamento da vida no gueto, na favela ou na periferia. Isso porque faz parte da ação neoliberal realocar o “pobre desocupado” nas celas.

Feita a análise da ressignificação da prisão como mecanismo de exclusão dos dessocializados, convém atentar para o exercício real de poder de punir. É preciso, primeiro, dissociar o entendimento de que crescer o número de crimes cometidos significa o aumento de pessoas encarceradas. Pelo contrário, o que se verifica é que o total de prisões manteve níveis progressivos, mais altos do que os delitos registrados, o que prova não haver simetria necessária entre crime e punição.

Depois, questiona-se a violência utilizada pelo Estado neoliberal na aplicação do poder punitivo. Garland faz um paralelo entre o mito do Estado soberano e seu poder de punir com o Estado meramente repressivo, expressa na raiva gerada pela ocorrência do delito. O Estado

⁷² WACQUANT, Loïc. Op. cit. p. 312.

passa a punir não apenas por um poder-dever, mas por uma vontade. A densidade da repressão se acentua em tal medida que as garantias constitucionais são abaladas pela onda punitiva.

4 REFLEXOS DO INIMIGO NA REALIDADE POLÍTICO-PENAL BRASILEIRA

Esse capítulo tomará como objeto a estrutura punitiva brasileira. Serão abordados aspectos legais e criminais à luz dos princípios constitucionais que orientam (ou deveriam orientar) o ordenamento jurídico e as políticas estatais.

Convém esclarecer que a edição de novas normas não constitui o único motivo que justifica o cenário político-criminal. O controle do crime é pulverizado, de modo que agências e instituições também passaram a cooperar nessa tarefa⁷³. Tomando como exemplo um processo penal, na fase investigatória o inquérito policial fica a cargo da polícia judiciária (chefiado pelo Delegado de Polícia). Caso a investigação resulte em indícios que ensejem o início de uma ação penal, o Ministério Público pode oferecer denúncia, a qual, se não rejeitada, será julgada por um juiz.

Esse caminho apresenta de pronto três entidades do poder público que emitem um saber sobre determinado fato. Atreve-se a afirmar que cada parecer produzido influencia o outro, eles não estão completamente independentes. Tanto é assim que muitas vezes o punitivismo expresso pela decisão judicial já está atrelado aos atores que previamente exprimiram seu poder punitivo⁷⁴.

A gestão punitiva não está tão somente nas mãos de uma agência estatal. Uma das abordagens mais contributivas na difusão de inimigos públicos (e no consequente julgamento prévio de pessoas que nem figuram como réus em ações penais) são as mídias. A propaganda dos veículos midiáticos vende o estereótipo do cidadão como vítima⁷⁵, do Estado como protetor e vigilante e dos criminosos como inimigos perigosos. A mídia passou a focar sua atenção

⁷³ Seria uma espécie de “governamentalidade” na visão foucaultiana.

⁷⁴ “O ato judicial, mormente a sentença penal, apenas consolida a série de inúmeras decisões político-criminais que são tomadas pelos operadores jurídicos ao longo da persecução penal (fase administrativa de investigação, processo de instrução e, posteriormente, no processo de execução penal)” (CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. 60 p.).

⁷⁵ “A necessidade de reduzir o sofrimento presente ou futuro da vítima funciona, hoje em dia, como uma justificação geral para medidas de repressão penal; o imperativo político de reagir ante os sentimentos das vítimas agora serve para reforçar os sentimentos retributivos que paulatinamente vêm informando a legislação penal” (GARLAND, David. Op. cit. p. 316).

obsessivamente na demonização do delinquente e a propagar o sentimento de insegurança e de impunidade.

O mundo participa hoje de um tempo com profunda difusão de informações e, com a globalização, houve em conjunto uma revolução tecnológica que revolucionou os meios de comunicação. Esse avanço permitiu que correntes de pensamento autoritárias que estimulam o fortalecimento ainda maior do poder punitivo crescessem. Esses discursos não possuem natureza técnica, mas uma forte carga de “achismos” midiáticos e publicitários. De acordo com Zaffaroni⁷⁶:

Nesse contexto, o discurso autoritário *cool* latino-americano participa do simplismo de sua matriz norte-americana, carecendo igualmente de qualquer respaldo acadêmico, e se orgulha disso, pois esta publicidade popularesca denigre constantemente a opinião técnica jurídica e criminológica, obrigado os operadores políticos a assumir idêntica postura de desprezo.

Ainda, vende-se a ilusão de que criar novas leis penais mais repressoras aumentaria a segurança urbana, o que legitima uma conduta autoritária da polícia, bem como incitando medidas violência de repressão de delitos. O autoritarismo do século XXI não escolhe um inimigo, estes aparecem sucessivamente a partir de uma imposição dos meios de comunicação, que reforçam o perfil desse inimigo com produções cinematográficas. A política adquire um cenário espetacularizado e grosseiro, na medida em que as mudanças de inimigo ocorrem mais rapidamente do que os discursos acadêmicos conseguiriam acompanhar, então é uma escolha vazia e rasteira.

Em suma, depreende-se que a ideologia da repressão, pelo punitivismo desmedido, visa “ser ‘eficiente’ (eis o princípio ontológico do modelo) no combate às condutas ‘criminosas’ e ‘desviantes’, no combate no combate às *condutas criminosas e desviantes*, aumentando as punições e particularmente as penas em quantidade e qualidade, logo, muitas e maiores punições (...). Paga um preço, em verdade muito alto se em jogo estiverem os postulados democráticos – principalmente aqueles de matriz constitucional – porque, de um lado, é preciso ofuscar direitos e garantias individuais e, de outro, não se tem os resultados pretendidos, o que

⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 74.

é desalentador dado corroer a esperança de se ter um futuro melhor justo pelo caminho da realização da Constituição⁷⁷”.

4.1 DIREITO PENAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Em linha de princípio, antes de realizar a análise de leis do ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário o estudo dos princípios que regem o direito penal (material e processual), inclusive aqueles oriundos de tratados internacionais de Direito Humanos. Isso porque a Constituição desempenha um papel primordial na contenção do poder punitivo do Estado e o direito penal é o único ramo do direito que lida diretamente com o cerceamento da liberdade⁷⁸, direito fundamental garantido constitucionalmente.

Por outro lado, ainda que a doutrina do direito penal do inimigo pregue a distinção entre pessoa e “não pessoa”, foi escolhido fazer um exame apenas dos princípios penais e processuais penais, entendendo que as garantias inerentes à pessoa, como vida, igualdade, dignidade humana são, sobretudo, valores tutelados pelo ordenamento jurídico como um todo. Nessa perspectiva, Bitencourt⁷⁹ enuncia que

No 1º, III, da Constituição, encontramos a declaração da dignidade da pessoa humana como fundamento sobre o qual se erige o Estado Democrático de Direito, o que representa o inequívoco reconhecimento de todo indivíduo pelo nosso ordenamento jurídico, como sujeito autônomo, capaz de autodeterminação e passível e ser responsabilizado pelos seus próprios atos. (...) De maneira similar, na declaração dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, encontramos no art 3º, I, da Constituição, uma clara intenção que também orienta a atividade jurisdicional em matéria penal, qual seja, o propósito de construir uma sociedade livre e justa.

O direito penal do inimigo é incompatível com a ordem estabelecida pela Constituição Federal de 1988, contudo, há leis infraconstitucionais que mitigam os princípios nela contidos⁸⁰. Por isso, a análise preliminar de tais princípios, que abarcam também os Direitos Humanos, se faz indispensável⁸¹.

⁷⁷ Trecho do artigo de Jacinto Coutinho, disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/punitivismo-desmedido-e-ideologico-a-posicao-de-jorg-stippel-por-jacinto-coutinho/> Acesso em 06/06/2017.

⁷⁸ Com exceção da prisão civil por dívida de alimentos.

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 49 p.

⁸⁰ Princípios são mandamentos que fundam o sistema jurídico, no sentido de lhe fornecer fundamentos basilares e genéricos.

⁸¹ A organização dos mesmos da forma que se segue se deve apenas ao melhor arranjo do estudo.

4.1.1 Princípios constitucionais do direito penal

Ferrajoli trata desses princípios como sendo “princípios da pena”. Bittencourt, por sua vez, os denomina de “princípios limitadores do poder punitivo estatal”. Nilo Batista classifica alguns princípios como os mandamentos básicos do Direito Penal, por entender que “embora reconhecidos ou assimilados pelo direito penal, (...) não deixam de ter um sentido programático, e aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um estado de direito democrático⁸²”. São eles: legalidade (ou reserva legal), intervenção mínima; lesividade; humanidade e culpabilidade. Ainda, como outras garantias, também serão consideradas em separado a insignificância e a proporcionalidade.

4.1.1.1 Legalidade

Consignado no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal⁸³, no art. 1º do Código Penal⁸⁴, bem como na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁸⁵ e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁸⁶, o princípio da legalidade estipula que não há crime sem que haja previsão legal anterior, ou seja, denota a proibição em criar tipos penais com base em costumes ou analogia⁸⁷. Sendo assim, a legalidade também pode ser chamada de reserva legal, porque só a lei pode dispor sobre matéria penal.

Ainda, tal princípio chancela a segurança jurídica, uma vez que há a certeza de não ser punido por crime não previsto em lei. Da mesma forma, o legislador deve determinar uma conduta punível sem que esta contenha termos vagos e imprecisos (princípio da taxatividade), de modo a proteger o cidadão contra arbitrariedades do poder punitivo. Considera-se também a irretroatividade da lei penal como função do princípio da legalidade, pois, como a lei precede

⁸² BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 61 p.

⁸³ Art. 5º. XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

⁸⁴ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

⁸⁵ Artigo 11, II - Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

⁸⁶ Artigo 9 - Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

⁸⁷ A analogia que favorece o acusado, conhecida como *in bonam partem*, é admitida no direito penal brasileiro.

o crime, ninguém será condenado de acordo com lei posterior ao delito cometido, a menos que esta seja benéfica ao réu⁸⁸.

4.1.1.2 Intervenção mínima

A intervenção mínima não possui previsão expressa na Magna Carta, porém se constitui implicitamente como um princípio. Também conhecida como ultima ratio, impõe que o Direito Penal deve ser utilizado quando os outros ramos do Direito (Civil ou Administrativo, por exemplo) não forem suficientes para reparar a lesão a um bem jurídico. Assim, o Direito Penal adquire um caráter subsidiário, porque primeiramente tenta-se resolver um conflito por meios extrapenais, para depois, em último caso, acionar aquele.

Logo, restam ao Direito Penal as situações extremamente graves, sobretudo pelo fato dele tutelar alguns bens jurídicos (fragmentariedade), aqueles amais importantes. Por fim, convém mencionar o ensinamento de Nilo Batista, que entende que “o texto constitucional seleciona situações a serem necessariamente tratadas pelo legislador penal, naqueles casos de bens essenciais à vida, à saúde e ao bem-estar do povo: chama-se a isso ‘imposição constitucional da tutela penal’⁸⁹”.

4.1.1.3 Lesividade (ou Ofensividade)

Esse mandamento designa que não existe crime sem lesão ao bem jurídico. Essa lesão se relaciona não só à sua efetivação material, como também ao perigo concreto de dano a um bem jurídico. Bitencourt (2014) ressalta que a lesividade se direciona especificamente ao legislador, por proibir a edição de lei que tipifique crime de ação que não lesa nem coloca em risco concreto, e ao juiz, porque condiciona a interpretação legal para vedar a incriminação de um indivíduo por quaisquer condutas alheias que não ensejam a violação ao bem jurídico. Como exemplo, não são puníveis os atos preparatórios, desejos internos de uma pessoa, condições existenciais de um indivíduo (proibição do direito penal de autor).

⁸⁸ Art 5º. XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu

⁸⁹ BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 90.

4.1.1.4 Humanidade

O princípio da humanidade dialoga com o valor da dignidade humana, já que sua previsão constitucional⁹⁰ impõe que as penas precisam se adequar à condição da pessoa humana, não podendo ser cruel, indigna e absurda (consta também na DUDH⁹¹ e na CADH⁹²). Na verdade, a humanidade é um dos fundamentos do Estado Democrático do Direito. Como ensina Bitencourt, esse princípio “sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que (...) lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados⁹³”.

Implica também a humanidade no caráter não retributivo da pena, não a concebendo como um castigo ou compensação pelo mal causado no crime, mas como uma possibilidade de ressocialização do condenado.

4.1.1.5 Culpabilidade

De forma genérica, a culpabilidade aponta que “não há crime sem culpa”, ou seja, ninguém deve ser punido por um crime se não for por ele responsável. Entretanto, essa responsabilidade adquire sentidos diferentes. Em primeiro lugar, a culpabilidade coíbe a responsabilização penal objetiva, isto é, a mera subsunção entre conduta e resultado sem considerar as condições que levaram ao agente a cometer tal ação (elementos subjetivos da vinculação).

⁹⁰ Art 5º. III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

⁹¹ Artigo 5º -Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

⁹² Artigo 5º, II - Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 70.

Por outro lado, a culpabilidade também se explicita na pessoalidade da pena (art. 5º, XLV da CRFB⁹⁴ e art. 5, 2 da CADH⁹⁵), a qual determina que a pena não transcende a pessoa do condenado e não pode ter efeitos a outros indivíduos. Por último, o princípio também pode significar a medida da pena (art. 59 do CP), uma vez que o juiz, ao aplicar a sanção, deve considerar a culpabilidade como limite a partir da gravidade do injusto.

Ademais, existe o princípio da co-culpabilidade como decorrência da responsabilidade penal. Toma-se a realidade social do réu como critério para aferir a reprovabilidade do ato. Caso o Estado não tenha lhe garantido assistência, considera-se que o Estado também seria responsável pela conduta, diminuindo a pena do réu. Em suma, seria considerar desigualmente o indivíduo que sempre conviveu com a desigualdade.

4.1.1.6 Insignificância

Para haver crime, é necessário que uma conduta com determinado resultado se encaixe no disposto em lei, constituindo, então, um fato típico. Contudo, é indispensável que a consequência dessa ação gere uma lesão expressiva ao bem jurídico. Isso porque o princípio da insignificância ou bagatela exige que haja tipicidade material no fato. Assim, mesmo que formalmente o ato constitua um ilícito, caso não possua relevância e amplitude ao atingir o bem jurídico, não há crime.

4.1.1.7 Proporcionalidade

Mesmo não constando expressamente no texto constitucional, a proporcionalidade é um princípio que atinge todos os três poderes do Estado, na medida em que impõe que todo ato estatal tenha uma finalidade política sempre influenciada pelos valores constitucionais. Em relação às penas, preceitua que estas devem ter um tempo razoável e que corresponda proporcionalmente ao dano causado.

⁹⁴ Art. 5º. XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

⁹⁵ Artigo 5, n. 3 - A pena não pode passar da pessoa do delinquente.

4.1.2 Princípios Democráticos do Processo Penal

4.1.2.1 Presunção de inocência

A Constituição Federal assegura expressamente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória⁹⁶”. A presunção de inocência, dessa maneira, pode ser considerada como “princípio reitor do processo penal”⁹⁷, por ser fundamental na proteção da dignidade da pessoa humana, já que ampara o tratamento dado ao acusado durante todo o processo. Ela confere para o direito processual penal brasileiro a estrutura que tem e é imanente aos demais princípios processuais constitucionais.

Também chamado de princípio da não culpabilidade ou estado de inocência⁹⁸, a presunção de inocência pode ter algumas acepções diferentes. É, sobretudo, uma garantia política própria do sistema acusatório, como também uma regra de julgamento, pois se no momento da sentença houver dúvida, deve-se decidir a favor do réu (“in dubio pro reo”).

Presume-se que uma pessoa é inocente até que prove sua culpa, logo o ônus da prova de culpabilidade é da acusação. Se não provado o sujeito deve ser considerado inocente ou não culpado e, assim, absolvido.

Outro aspecto do princípio é que ele não impede que medidas cautelares aconteçam ao longo do processo, mas veda que haja execução provisória ou antecipada da pena. Decisão recente do STF alterou o entendimento quanto à execução provisória, estabelecendo que seria possível iniciar o cumprimento de pena após a decisão condenatória de segunda instância⁹⁹. Tal escolha viola claramente o princípio da presunção de inocência, uma vez que não tendo transitado em julgado a sentença ainda haveria a possibilidade de exame de recursos nos Tribunais Superiores que mudassem o entendimento firmado na decisão.

⁹⁶ Art. 5º, LVII, CFRB.

⁹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 143p.

⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

⁹⁹ A mudança de entendimento ocorreu quando do julgamento do HC 126.292, em outubro de 2016.

4.1.2.2 Princípio acusatório

O princípio acusatório não seria propriamente um princípio, mas a regra de um modelo democrático constitucional. Uma denominação melhor seria sistema acusatório, porque este faz parte de um projeto estatal com regras iminentes. A presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, a iniciativa exclusiva do Ministério Público para propor ação penal, a publicidade, a motivação são exemplos de garantias que fazem parte desse sistema.

As características mais marcantes do sistema acusatório são a igualdade de oportunidades entre acusação e defesa e a atuação do juiz como mero espectador no processo (terceiro imparcial). E mais, as funções de julgar e acusar são destinadas a atores diferentes, bem como a iniciativa probatória fica reservada às partes, não devendo o juiz realizá-la de ofício.

Embora a Constituição Federal possua como valor o modelo acusatório, o Brasil possui um sistema processual penal formalmente acusatório com aspectos inquisitórios, uma vez que a gestão da prova é realizada de maneira suplementar pelo juiz frequentemente.

4.1.2.3 Ampla Defesa e Contraditório

As garantias da ampla defesa e do contraditório são corolários do sistema acusatório e estão expressos na Carta Magna no inciso LV, do art. 5º¹⁰⁰. Nesse contexto, o contraditório não permite apenas que uma parte possa reagir perante manifestações da outra parte ou do juiz, mas significa uma verdadeira busca da isonomia entre as partes para que essa garantia atinja sua finalidade plenamente. Segundo Badaró¹⁰¹, “mais do que uma escolha de política processual, o método dialético [de contrapor opiniões] é uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade”.

O maior problema de violação do contraditório ocorre na produção de provas. O contraditório deve estar em todos os momentos da prova, desde o pedido da produção da mesma, de participar da produção, até participar da valoração da prova. Mesmo que seja o juiz

¹⁰⁰ Art 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit. p. 17p.

quem valora uma prova, as partes podem participar dialeticamente da argumentação racional que auxilia o julgador a interpretar corretamente a prova e no seu convencimento.

Na mesma linha, o contraditório não deve se confundir com defesa penal. O direito de (ampla) defesa se manifesta de outras maneiras que não apenas através do contraditório, embora estejam umbilicalmente ligados. Convém separar os direitos inerentes à autodefesa, a qual todo acusado tem direito de realizar de antemão dos direitos que se relacionam com a defesa técnica, que também é uma garantia do mesmo de ser assistido por uma. A Convenção Americana de Direitos Humanos esmiúça, em seu artigo 8º, n. 2, as variadas implicações que carrega o princípio da ampla defesa. Vale colacionar o seu teor:

Artigo 8. Garantias judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d. **direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha** e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos
 - g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
 - e
 - h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. (grifou-se)

Conclui-se, portanto, que a ampla defesa e o contraditório formam um verdadeiro sistema de garantias de defesa. A CADH pormenorizou cada direito do réu, como escolher a própria defesa, estar na audiência, ouvir as provas que estão sendo produzidas contra ele, auxiliar na defesa técnica etc. Vale o registro de que o réu também tem direito ao silêncio. A CADH vai além e inclui o direito de não confessar, o que não seria direito de mentir. Na verdade, seria o direito de não falar a verdade, de não produzir provas contra si mesmo.

4.1.2.4 Publicidade

A publicidade constitui uma regra geral de que todos os atos públicos devem ser públicos, salvo nos casos que o segredo seja necessário para preservar a intimidade das partes ou o interesse social. A publicidade dos atos processuais se coaduna com o dever de transparência que deve reger um Estado Democrático, uma vez que não divulgar medidas é uma atitude própria de um Estado de exceção. Por fim, como afirma Ferrajoli¹⁰², “existe um nexo indissolúvel entre publicidade democracia no processo”.

4.1.2.5 Motivação

O princípio da motivação, expresso no art. 93, IX da CRFB¹⁰³, arbitra que todas as decisões judiciais devem ser motivadas. Motivar não significa necessariamente fundamentar o raciocínio que levou um juiz a decidir de determinada forma, mas explicar os fundamentos que o levaram a concluir para conferir segurança jurídica, tanto ao processo quanto ao sistema jurídico como um todo. Como conclui Gustavo Badaró, “a motivação é uma garantia de controle democrático sobre a administração da justiça”¹⁰⁴. Ademais, a motivação não tem por objeto apenas as sentenças, mas quaisquer decisões interlocutórias, principalmente aquelas que resultam em restrição de direitos fundamentais.

4.1.2.6 Princípios da jurisdição penal

Autores como Ferrajoli, Aury Lopes Junior, Gustavo Badaró, Antonio Santoro utilizam essa terminologia, podendo variar para “garantias do juízo”, “garantias da jurisdição”, “garantias orgânicas”. São elas: o juiz natural, a imparcialidade e a inércia da jurisdição.

4.1.2.6.1 Juiz natural

O princípio do juiz natural¹⁰⁵ garante que não haja tribunais de exceção, de forma que qualquer cidadão que seja réu de ação penal será processado e julgado por juiz e tribunal

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 493.

¹⁰³ Art. 93, IX, CRFB - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...).

¹⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit. p. 24.

¹⁰⁵ CRFB. Art 5º, XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

competentes para tal. Os tribunais formados *ex post factum*, ou seja, depois da ocorrência do ato, são considerados de exceção, por isso que o julgador deve ser previamente constituído por lei. Ademais, a garantia do juiz natural não veda as regras de jurisdição de competência nem a organização judiciária de justiças especializadas.

4.1.2.6.2 Inércia

A inércia da jurisdição se expressa no sentido de não permitir a atuação de ofício do juiz. Sendo inerte, o juiz não pode tomar iniciativa, ele deve agir mediante petição, ou seja, queixa-crime ou denúncia oferecida pelo Ministério Público, dependendo se a ação penal for privada ou pública, respectivamente. Logo, depreende-se que o juiz não acusa o réu e jamais iniciará o processo criminal.

4.1.2.6.3 Imparcialidade

A imparcialidade é a equidistância do juiz aos interesses das partes. Mesmo não estando prevista expressamente na Constituição Federal, passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro quando houve a internalização do Pacto de San Jose da Costa Rica, que prevê que o direito a ser julgado por um juiz imparcial¹⁰⁶.

De acordo com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)¹⁰⁷, a imparcialidade se divide em subjetiva e objetiva. A primeira decorre do fato de o juiz não ter formado seu convencimento previamente. Caso ele antecipe seu entendimento sobre o mérito, considera-se que o juiz se torna parcial sob o ponto de vista objetivo porque se vinculou a uma das teses. Cabe ao julgador fornecer elementos fáticos ao longo do processo que comprovem às partes que ele manteve sua imparcialidade.

A imparcialidade subjetiva, por seu turno, deriva do vínculo da pessoa que exerce jurisdição juiz com as partes de uma forma predominantemente pessoal e se encontra

¹⁰⁶ Artigo 8, n. 1 - Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e **imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹⁰⁷ Jurisprudência consolidada a partir do julgamento do caso “Piersack vs. Bélgica”.

assegurada pelas regras do impedimento, suspeição e incompatibilidade. Assim, ela pode ser presumida, devendo as partes demonstrar que há um vínculo pessoal.

4.1.2.7 Princípios relativos à liberdade pessoal

Essas garantias estão, essencialmente, no art. 7º da CADH. Torna-se imperioso tratar desses princípios porque há uma grande desproporção na quantidade de prisões realizadas no Brasil, o que tende a expressar um desprezo pela provisionalidade e pelos princípios que protegem a liberdade pessoal. Essas prisões são, principalmente, de natureza preventiva ou provisória. São medidas, portanto, não oriundas de ato motivado do juiz no curso de um processo legal.

Dentre os direitos contidos na CADH e na CRFB, destacam-se os seguintes direitos: a não ser submetido à prisão ilegal ou arbitrária ¹⁰⁸; a ser informado de seus direitos ¹⁰⁹; de ser informado da acusação formulada contra a pessoa detida; à assistência de um advogado e da presença da família; à identificação dos responsáveis por seu interrogatório ¹¹⁰; o direito de só ser preso nas condições indicadas nas constituições e leis dos Estados ¹¹¹; do preso ser conduzido sem demora à presença de uma autoridade autorizada a exercer funções judiciais ¹¹²; a um julgamento em um prazo razoável ou ser posta em liberdade enquanto tramita o processo ¹¹³; de requerer sua liberdade a um juiz ¹¹⁴ e, por fim, direito ao *habeas corpus* ¹¹⁵.

¹⁰⁸ CRFB. Art 5º, LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

¹⁰⁹ CRFB. Art 5º, LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada

¹¹⁰ CRFB. Art 5º, LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial

¹¹¹ CADH. Art 7, 2 - Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

¹¹² CADH. Art 7,5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

¹¹³ CRFB. Art 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹¹⁴ CADH. Art 7,6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

¹¹⁵ CRFB. Art 5º, LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder

Convém mencionar, igualmente, que a prisão processual deve manter seu caráter excepcional no processo penal. Sendo assim, responder a um processo criminal em liberdade precisa ser a regra¹¹⁶, inclusive se o acusado tiver confessado o crime (a confissão não autoriza o início do cumprimento de pena).

Além disso, a prisão é sempre jurisdicional, ou seja, só pode ser decretada por um juiz, o que significa dizer que a prisão em flagrante não é cautelar. Tanto é assim que a prisão em flagrante deve ser comunicada ao juiz em vinte e quatro horas para que seja convertida em prisão preventiva. Ela só pode ser decretada se for realmente necessária e para o ser é fundamental que exista motivo de manutenção do estado das coisas. Assim, a prisão provisória só se justifica quando a liberdade do sujeito coloca em risco alguma coisa.

4.2 Direito Penal do Inimigo na Legislação Infraconstitucional

Nesse ponto, serão analisados alguns dispositivos legais pertencentes ao Código Penal, ao Código de Processo Penal e às leis penais extravagantes, de forma a retratar a adoção do Direito Penal de Inimigo.

4.2.1 Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40)

Dentre os inúmeros crimes tipificados no Código Penal brasileiro, faz-se imprescindível tratar dos delitos que compõem o Título II do mesmo, intitulado “Dos crimes contra o patrimônio” porque são os tipos penais que, reunidos, compõem junto com o tráfico de drogas o maior número de condenações criminais no Brasil.

Essa parte do Código contém crimes contra o patrimônio privado, uma vez que os crimes que violam a Administração Pública constam em outro capítulo. Além disso, a maioria dos delitos contra o patrimônio privado são cometidos sem o uso de violência¹¹⁷, o que traduz que

¹¹⁶ CADH. Art 7, 1 - Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

CRFB. Art 5º, LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

¹¹⁷ Apenas os crimes contidos nos artigos 155 a 160 do Código Penal empregam violência ou grave ameaça no cometimento.

boa parte das pessoas que cumpre pena em regime fechado¹¹⁸ no país cometeram lesões que se resumem à “subtração”, isto é, apropriação indevida de bens.

Sem desqualificar o bem jurídico propriedade, infere-se que não há razoabilidade nas penas de tais crimes, posto que são muito severas para o dano que causam quando comparados aos crimes contra a vida. A pena do roubo simples¹¹⁹ varia de quatro a dez anos e multa. A pena do homicídio simples¹²⁰, por sua vez, está entre seis a vinte anos. Assim, uma pessoa que rouba pode cumprir o mesmo período temporal que alguém que matou outrem. É necessário perceber que o bem jurídico vida deveria muito mais valorizado do que a propriedade.

Ademais, seguindo a natureza desses crimes, o dano de lesar o patrimônio público é mais gravoso do que o patrimônio privado. Usurpar o erário significa um prejuízo a toda a coletividade pois pode prejudicar a efetividade dos serviços que o Estado deve prover. Não há índices significativos de pessoas presas por crimes como corrupção passiva, peculato, entre outros¹²¹, porque esses crimes não são historicamente alvos do sistema penal.

Ainda que atualmente os crimes conhecidos como “colarinho branco” estejam em voga, percebe-se a seletividade penal inclusive nesses casos, tanto na lei quanto no processo. Para exemplificar, o crime de corrupção passiva possui pena mínima menor que a do roubo (dois anos), o que corrobora com a lógica de penalizar determinadas condutas de certos agentes. Em relação ao processo, os juízes super-heróis utilizam seu poderio para condenar membros da classe política, mas tal comportamento não é geral, mas contra os políticos eleitos como inimigo, em geral de esquerda. O estado de exceção aparece nesses momentos em que um juiz se torna um soldado combatente aplaudido pela sociedade.

¹¹⁸ O regime inicial de cumprimento de pena desses crimes acaba sendo o fechado por conta da reincidência, assim como a progressão de regime fica prejudicada.

¹¹⁹ CP. Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

¹²⁰ CP. Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

¹²¹ Percentualmente, os dados do DEPEN não apontam para condenações que representem 1% do total de sentenças condenatórias.

4.2.2 Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06)

Vendida pelos Estados Unidos a partir dos anos 1990, a guerra às drogas começou a ganhar força após a derrota ao inimigo anterior, o comunista, sendo necessária, portanto, para justificar o aparato punitivo e manter a repressão elevada. Young¹²² assertivamente afirma que:

No crime, o governo ou os órgãos e instituições incumbidos de fazer respeitar as leis são ativos na comparação: assim, temos ‘uma guerra contra as drogas’, dirigida por um ‘czar das drogas’. A essencialização dos ‘barões da droga’ como epítome do mal e dos ‘viciados’ como incorporação da degeneração permite à campanha concentrar-se agressiva e justificadamente em seu alvo. Quem (...) deixaria de se mobilizar contra um inimigo [tão] bom como este?

No Brasil, o cenário não é diferente. A Lei nº 11.343 institui, em seu artigo 33, o crime de tráfico de drogas ilícitas, tipo responsável por preencher vultuoso contingente carcerário. No caput do referido dispositivo, são descritas dezoito condutas distintas, ou seja, há a mesma pena para dezoito ações porque, em tese, ofendem o bem jurídico tutelado com a mesma intensidade (possuem o mesmo potencial lesivo). Para melhor analisar, enumeram-se os verbos:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

As condutas de “adquirir”, “guardar”, “ter em depósito”, “transportar” e “trazer consigo” também estão presentes no artigo 28 da mesma Lei, o qual regula o consumo pessoal de entorpecentes, punível com penas alternativas. O problema é que quem define se a quantidade apreendida se destina ao consumo ou ao tráfico é o juiz (§2º do artigo 28), ou seja, depende da concepção arbitrária do julgador, não houve uma regulamentação oficial de diferenciação, o que pode levar a análises equivocadas e até mesmo estereotipadas.

Outra questão a ser abordada é que tais condutas correspondem tanto a atos preparatórios quanto de exaurimento, ainda mais se relacionadas com o artigo 35 da Lei, que prevê o crime de associação para o tráfico, sem distinguir participação de coautoria.

Conclui-se que a mencionada legislação não quer tão somente combater a ação, mas combater os atores destas. Contudo, observando o perfil dos indivíduos presos por tráfico de

¹²² YOUNG, Jock. Op. cit. p. 173.

entorpecentes, nota-se uma profunda intenção de criminalizar a pobreza, uma vez que a maioria dos condenados são negros, jovens e pobres, o que demonstra que o traficante varejista é o alvo da política criminal do Estado. Os índices correspondentes às mulheres são ainda mais expressivos porque metade das mulheres presas no Brasil foi com fulcro na Lei em comento.

4.2.3 Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90)

Pretende-se utilizar a Lei dos Crimes Hediondos para demonstrar o compromisso do Poder Legislativo na mesma empreitada punitivista, ainda que se reconheça a extensa responsabilidade do Poder Judiciário no aprisionamento massivo de jovens negros no Brasil.

A edição da Lei nº 8.072/90 se derivou de um projeto de iniciativa popular incentivado pela escritora Gloria Perez após o assassinato brutal de sua filha, o que demonstra que o legislador, movido pelo apelo midiático, tem ânsia em contentar a sociedade punitiva¹²³. Além de incentivar o superencarceramento, a referida lei dificultou o cumprimento da pena, por ter enrijecido os mecanismos punitivos.

Em primeiro lugar, atenta-se não para a escolha do legislador em classificar expressamente determinado crime como sendo ou não hediondo, mas para aqueles que ele considerou equiparados: tortura, tráfico de drogas e terrorismo. A equiparação se origina na Constituição Federal (art. 5º, XLIII) que definiu quais crimes seriam inafiançáveis e insuscetíveis de graça, anistia ou indulto. Foi incluído o crime de tortura pelo compromisso assumido pelo Brasil na efetivação dos Direitos Humanos na conjuntura pós-ditadura militar.

Por outro lado, a equiparação dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo entram na lógica punitivista de caça ao inimigo. Isso porque os crimes hediondos, além do já estipulado na Constituição, devem ter seu cumprimento de pena iniciado em regime fechado e ter progressão de regime mais lenta¹²⁴. São determinações que violam direitos fundamentais como a individualização da pena e lesividade, tanto é assim que o STF entendeu que definir o regime inicial de cumprimento é inconstitucional. Contudo, segundo Salo de Carvalho, tal julgamento ocorreu mais de quinze anos depois do início de vigência da lei, o que

¹²³ Salo de Carvalho define essa política como um “populismo punitivo”.

¹²⁴ A progressão ocorre após cumprimento de 2/5 da pena se o réu for primário e de 3/5 se o réu for reincidente.

comprova que o Judiciário também se faz presente no endurecimento da política criminal do neoliberalismo.

4.2.4 Lei antiterrorismo (Lei nº 13.260/16)

A recente Lei nº 13.260/16 regulamenta o disposto no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal e disciplina o crime de terrorismo. Pode-se concluir que a entrada em vigor dessa legislação termina por traçar o perfil punitivista do Brasil. Em que pese a lei apresentar uma definição de terrorismo, não o faz descrevendo um tipo penal, funcionaria apenas como uma explicação. Vejamos:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

O legislador não explica, todavia, o que seria “terror social ou generalizado” nem o “perigo” em que a prática de tal crime pode resultar. Não fica claro, ainda, se o tipo seria de perigo abstrato ou concreto. O problema se agrava ao ler o parágrafo 1º do artigo 2º, o artigo 5º e o artigo 10:

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II – (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa;

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

Art. 10. Mesmo antes de iniciada a execução do crime de terrorismo, na hipótese do art. 5º desta Lei, aplicam-se as disposições do art. 15 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Mais uma vez se observa a postura do legislador em minuciar diversas condutas para uma única pena e, para afirmar de forma redundante e derradeira que o terrorista é o inimigo, que os atos preparatórios de terrorismo são puníveis, característica presente em estados de exceção. Ainda, diante de tantas condutas que já constituem execução do ato delituoso, não é possível compreender quais atos seriam preparatórios do terrorismo. O tipo não se demonstra de outra forma senão flagrantemente inconstitucional e o mais preocupante é que em 2017 houve oito condenações pelo crime no país¹²⁵.

É imprescindível criticar, da mesma maneira, o artigo 12 da Lei nº 13260/16 que estabelece que

O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes de crime previsto nesta Lei, poderá decretar, no curso da investigação ou da ação penal, medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos.

Dessa vez o sistema acusatório foi violado porque o juiz pode agir de ofício declarando medidas durante a investigação criminal.

Por último, o parágrafo 2º da legislação dispõe que ela não se aplica

À conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

Apesar de não serem criminalizadas como crime de terrorismo, as manifestações políticas recebem tratamento de inimigo das agências estatais repressoras similar ao terrorista. Foi o que ocorreu nas manifestações de junho de 2013, pleito contra o aumento no valor das passagens de ônibus. Motivo aparentemente singelo ensejou reações violentas do poder público. Conforme leciona Antonio Santoro¹²⁶:

¹²⁵ Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/04/pela-primeira-vez-justica-brasileira-condena-reus-pela-nova-lei-de-terrorismo/>

¹²⁶ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires Santoro. **Uso do Sistema Penal do Inimigo para controle das manifestações de 2013** In: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 29, n. 2, p. 385-418, jul/dez 2013. 28p.

Muitos movimentos foram realizados pelos manifestantes no sentido de demonstrar que o objetivo não era o conflito, mas a gestão da violência pelo governo do Estado do Rio de Janeiro já havia criado a “guerra ao inimigo” e confiscou para si o conflito que *a priori* era com o município (pleito pela redução das tarifas do transporte público) e o governo federal (pleitos contra corrupção, contra a falta de representatividade popular na democracia representativa em crise institucional, contra os gastos públicos desmesurados e em áreas alheias ao interesse primordial da população, contra as escusas relações entre grandes corporações privadas parasitárias do poder público, que participam diretamente com verbas para campanhas políticas, entre outros), demonstrando que estava em jogo, na realidade, a própria estrutura de manutenção de poder.

Na época, a atuação do Governador do Rio de Janeiro foi no sentido de criminalizar os “vândalos”, “arruaceiros”, “alcunha indefinida, que permite seja aplicada contra qualquer manifestante e, portanto, serve ao propósito de escolher não apenas politicamente aquele a quem a ordem jurídica deixará de render sua proteção, mas sobretudo permite uma escolha circunstanciada e arbitrária¹²⁷”. As mesmas configurações voltaram a aparecer em manifestações seguintes, independentemente do ente federativo contra quem se protestava, utilizando o subterfúgio de combater os “destruidores de patrimônio público”.

4.2.4 Código de Processo Penal

Considerando que o presente trabalho se refere ao estudo da pena de prisão, pretende-se tratar da medida cautelar de prisão preventiva nesta seção. Prevista no artigo 313 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva é admissível, ou seja, crimes que a lei admite que o juiz aprecie os requisitos para sua decretação para (1) crimes dolosos apenados com pena superior a 4 anos; (2) crimes dolosos para o sujeito que já tenha uma condenação em outro crime doloso anterior transitada em julgado; e (3) crimes de violência doméstica contra mulheres, crianças, idosos, deficiente físico¹²⁸. Uma vez verificada a sua admissibilidade, são analisados os seus requisitos (faz-se uma leitura invertida dos arts 313 e 312 do CPP).

Os requisitos são a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (*fumus comissi delicti*), a garantia da ordem pública, (ou) da ordem econômica, (ou) conveniência da instrução criminal, (ou) para assegurar a aplicação da lei penal (*periculum libertatis*). Mesmo que preenchidos os requisitos, a prisão pode não ser decretada, porque pode haver outra medida cautelar diversa da prisão que assegure um desses requisitos.

¹²⁷ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires Santoro. Op. cit. p. 29.

¹²⁸ Cabe mencionar que não há prisão preventiva nos casos em que a pena do crime nunca será privativa de liberdade.

Sendo exceção à regra da liberdade, a prisão processual preventiva (e a prisão em flagrante convertida) precisa ser demonstrada como única alternativa cabível, inclusive dentre as outras medidas cautelares. Entretanto, mesmo que a sua decretação precise estar fundamentada pelo juiz, demonstrar a necessidade da medida perpassa por aspectos muito subjetivos, que acabam por ser muito discricionárias e até demonstram julgamentos previamente concebidos.

Não é por acaso que quase metade dos presos no Brasil seja oriunda dessa medida. Ademais, por não ter um prazo específico, o indiciado pode ficar preso preventivamente até o trânsito em julgado da sentença, mesmo que esta seja absolutória¹²⁹.

4.2.5 Execução da Pena e Dados Carcerários

A nova ordem advinda da Constituição de 1988, mesmo estabelecendo princípios que restringem o poder de punir, não evitou que novos tipos penais fossem criados e que o modo de execução das penas fosse abrandado. Tais fatores, de fato, corroboram com os índices de encarceramento.

Segundo dados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional)¹³⁰, ao final do ano de 2014, a população carcerária do Brasil contava com um total de 622.202 presos, o que significa uma taxa de mais de 300 presos para cada 100 mil habitantes¹³¹. Ademais, 40% da soma de presos é composta de prisões provisórias (250 mil pessoas aproximadamente). Esse número de pessoas aguardando julgamento denota que no país se prende para processar, em vez do contrário, processar para prender (caso necessário).

Para demonstrar que o Brasil criminaliza a sua juventude negra e pobre, o relatório de 2014 faz uma avaliação socioeconômica dos detentos: 60% são negros ou pardos, enquanto brancos totalizam 30%. A faixa etária de 18 até 29 anos de idade reúne 55% da população no

¹²⁹ As audiências de custódia têm contribuído para que as prisões em flagrante não se convertam necessariamente em preventiva, mas o cenário dos presídios brasileiros repletos de pessoas sem julgamento ainda é muito gritante.

¹³⁰ DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional. INFOPEN - Dezembro de 2014: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

¹³¹ Em 2004, o total era de 336.358, o que demonstra que a população prisional brasileira dobrou em 10 anos.

sistema prisional e o grau de escolaridade da maioria (75%) é até o ensino fundamental completo.

Atenta-se para o fato de o racismo, herança da realidade escravagista brasileira, contaminar a prática e o discurso penal. Segundo Salo de Carvalho¹³², “não por outra razão é a juventude negra a vítima preferencial da seletividade criminalizante das agências penais”. Tal conjuntura não aparece, por óbvio, explícita na legislação, mas é possível perceber a partir dos dados de encarceramento, “exteriorizando uma espécie de naturalização de práticas racistas pelos poderes constituídos que se reflete no direcionamento das instituições punitivas”.

Considerando os tipos penais, os dados mostram que 46% das pessoas sentenciadas ao cárcere cometeram crimes contra o patrimônio e 28% das sentenças versam sobre os crimes da Lei de Drogas, ou seja, quase 75% da população encarcerada respondeu por crimes não violentos.

Em relação à situação dos estabelecimentos prisionais, os dados são críticos em demonstrar que o disposto na LEP (Lei de Execução Penal) não é aplicado. Prova disso é que o Brasil já foi denunciado para a OEA (Organização dos Estados Americanos) e responde processos na CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos). Em 2016, uma medida cautelar foi protocolada na CIDH pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro requerendo providências para garantir a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. O diagnóstico não era surpreendente: superlotação; deficiências na infraestrutura; falta de acesso à água, ventilação e iluminação adequadas; carência de tratamento médicos etc.

Para concluir, o direito brasileiro, apesar do ideário liberal em sua fundamentação, mantém políticas criminais baseadas num punitivismo exacerbado. Tanto é assim que o modelo disciplinar de isolamento “cumpre funções (reais) distintas do discurso oficial que o legitima”.

¹³² CARVALHO, Salo de. **O ENCARCERAMENTO SELETIVO DA JUVENTUDE NEGRA BRASILEIRA: A DECISIVA CONTRIBUIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**. Revista da Faculdade de Direito da Ufmg, Belo Horizonte, n. 67, p.623-652, 27 jun. 2016. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. 629 p.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho acadêmico teve como finalidade analisar, sob a ótica do garantismo penal, as nuances do poder de punir do Estado brasileiro enunciadas por teorias que tentam legitimar o autoritarismo penal.

O contexto do estudo foi delineado a partir da análise do estado de exceção, entendendo que o mesmo pode se aliar a outras medidas que não necessariamente penais, mas que a sua aproximação com o punitivismo é inevitável. Assim, tomando como ponto de partida o Estado nazista, cuja ordem jurídica excepcional percebeu-se legitimada por determinações do partido nazifascista, não se apresentando desde logo como democrática.

Diante disso, ao examinar o Estado brasileiro, atestou-se outro formato para o estado de exceção. No caso do Brasil, nota-se uma eliminação de direitos pelas próprias instituições democráticas. Seriam leis que possuem uma aparência de democracia, uma vez que são chanceladas pelos três Poderes, mas que se ocupam em mitigar direitos fundamentais. Por se manifestar internamente, isto é, dentro do próprio sistema legal, foi constatado que não se verifica o caráter emergencial no modelo de exceção brasileiro, pois são medidas permanentes que não atuam com a temporariedade, aspecto mais relevante do estado de exceção.

Sob o ponto de vista penal, essa possibilidade contribuiu para a construção de uma política criminal segregadora que elege um inimigo a ser combatido pelo Estado. Ou seja, é uma ameaça da qual o Estado precisa se defender, mas que ele mesmo a criou.

A partir dessa perspectiva, o estudo do Direito Penal do Inimigo se fez necessário, por ser uma tese que sintetiza o entendimento de que alguns indivíduos mereceriam tratamento legal diferenciado por oferecem maior perigo à sociedade. Logo, a repressão estatal restaria justificada pelo pretexto de defender aqueles que o Estado visa proteger.

Como visto, a referida teoria defende o direito penal de autor no combate ao inimigo, além de propor a aplicação de normas mais severas e desproporcionais, com a derradeira eliminação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sobretudo no processo penal. A consequência imediata da adoção dessa teoria seria o esvaziamento do Estado Constitucional de Direito.

Embora tenham sido levantados alguns aspectos jurídicos atinentes à Teoria do Estado, buscou-se relacionar as práticas punitivistas com o Estado pseudodemocrático traçando os efeitos do poder punitivo exacerbado, o qual apela ao Direito Penal como forma principal de resolução de conflitos.

Dessa maneira, tornou-se imprescindível o estudo do punir, tanto dos seus discursos legitimadores, quanto das formas que foi adquirindo ao longo dos séculos. Conforme evidenciado durante o trabalho, a sociedade punitiva reuniu como maior expressão repressiva a punição através da pena. Tal forma de punir adquiriu diferentes contornos, passando por castigos físicos, pena de morte, indenização, até chegar, a partir do século XIX, à pena de prisão como modelo adotado até hoje para a segregação final dos excluídos socialmente.

Cabe salientar que, ainda que o encarceramento seja uma medida que afeta primordialmente a liberdade do condenado, parece correto concluir que, na verdade, a pena de prisão poderia ser uma reunião dos outros meios punitivos. A prisão marca o condenado, pois o egresso do sistema criminal tende a viver com o estigma de ter tido uma condenação penal. Ademais, as prisões brasileiras oferecem condições físicas e sanitárias indignas para abrigar indivíduos que ficarão ali por anos.

Além disso, segregar ao cárcere, de acordo com a lei brasileira, está endereçado a determinadas pessoas, como foi visto no último capítulo deste trabalho. Leis como a dos Crimes Hediondos, de Drogas e Antiterrorismo se mostram como ferramentas da cultura da emergência perene brasileira. Também os Códigos Penal e Processual Penal cumprem esse papel de privilegiar o Direito Penal do “antes”.

Em síntese, a lógica da seletividade penal em detrimento de direitos humanos vai de encontro com o que se concebe como Estado Constitucional de Direito, uma vez que não pode haver sistema penal alheio a garantias fundamentais dentro de um arranjo verdadeiramente democrático. Tornar-se necessário estabelecer, portanto, que o Estado possui o poder de punir que, ainda que se demonstre com tamanha fúria, não constitui um dever. Sendo uma faculdade, não deve ser desmensurado e precisa atender a limites estabelecidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. Tradução de Iraci D. Poleti.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de História. In: BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política - Ensaios sobre literatura e história da cultura: Obras Escolhidas Volume 1*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. Tradução de Sergio Paulo Rouanet.

_____. Crítica da violência - Crítica do poder. In: BENJAMIN, Walter. *Documentos de cultura - Documentos de barbárie: Escritos Escolhidos*. São Paulo: Cultrix Editora da Universidade de São Paulo, 1986.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo de. O ENCARCERAMENTO SELETIVO DA JUVENTUDE NEGRA BRASILEIRA: A DECISIVA CONTRIBUIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO - DOI. **Revista da Faculdade de Direito da Ufmg**, Belo Horizonte, n. 67, p.623-652, 27 jun. 2016. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. <http://dx.doi.org/10.12818/p.0304-2340.2015v67p623>.

_____. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Disponível em:

<https://www.academia.edu/2943177/O_Papel_dos_Atores_do_Sistema_Penal_na_Era_do_Punitivismo_o_exemplo_privilegiado_da_aplicação_da_pena_texto_integral_>. Acesso em: 05 jun. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Medida Cautelar Nº 208-16, de 18 de julho de 2016. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho a respeito do Brasil. Disponível em: http://www.portaldpge.rj.gov.br/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/LIMINAR_CIDH_PLACIDO.pdf. Acesso em: 05 jun. 2017

DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN - Dezembro de 2014**: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília: Ministério da Justiça, 2014

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Poderes Selvagens**: A crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção Saberes críticos). Tradução de Alexander Araujo de Souza.

FOUCAULT, Michel. **A Sociedade Punitiva**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2015.

_____. **Vigiar e Punir**: Nascimento da prisão. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manoel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires Santoro. **Uso do Sistema Penal do Inimigo para controle das manifestações de 2013** In: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 29, n. 2, p. 385-418, jul/dez 2013.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e Golpes na América Latina: Breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. São Paulo: Alameda, 2016.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]**. Tradução de Sergio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3a edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.